

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 26 • vol. 139 • jan. / 2018

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 139 • jan. / 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 Criminologia – 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 Cecília 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/RS); Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal); Olga Spinoza (Universidad de Chile – Chile); Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidad 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)

André Carneiro Leão (UFPE – Recife/PE); Andrei Zenkner Schmidt (PUCRS – Porto Alegre/RS); Arthur Levy Brandão Kullok (Universidade de Coimbra – Portugal); Bruno Tadeu Buonicore (Goethe Universität Frankfurt am Main – ALEM); Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS – Porto Alegre/RS); Diogo Malan (UERJ e UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – Santa Cruz/BA); Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – Santa Cruz/BA); Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS – Porto Alegre/RS); Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia – ITA); Gabriela Rondon (UnB – Brasília/DF); Hector Vieira (UnB – Brasília/DF); Hugo Leonardo Santos (UFAL – Maceio/AL); Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Jônica Marques Coura Aragão (UFPB – Campina Grande/PB); Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS); Jose Eduardo Lourenço dos Santos (UNIVEM – Marília/SP); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Miguel Tedesco Wedy (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Ney Fayet Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Patrícia Carraro Rossetto (Universidad de Málaga/ESP); Paulo César Busato (UFPR – Curitiba/PR); Priscilla Placha Sá (PUCPR – Curitiba/PR); Rafhaella Cardoso (USP – São Paulo/SP); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Richard Santos (UnB – Brasília/DF); Rosemberth Ariza SantaMaría (UnB – Brasília/DF); Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS); Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA); Tiago Joffily (MPRJ – Rio de Janeiro/RJ)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Ana Cláudia Bastos de Pinho (UFPA – Belém/PA); André Luís Callegari (UNISINOS – Porto Alegre/RS); Beatriz Vargas Ramos (UnB – Brasília/DF); Cristina Zackseski (UnB – Brasília/DF); Gabriela Borghi Affonso (Universidade de Coimbra – Portugal); Galvão Rabelo (UFMG – Belo Horizonte/MG); João Pedro Duarte Bacelar (UFPE – Recife/PE); José Edvaldo Pereira Sales (UFPA – Belém/PA); Karin Bianchini Girardi (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP); Raul Marques Linhares (UNISINOS – Porto Alegre/RS); Romulo Fonseca Moraes (UFPA – Belém/PA); Túlio Vianna (UFMG – Belo Horizonte/MG)

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. 139 • jan. / 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. 139 • jan. / 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.



© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS 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: [12-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [28.11.2017]



Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente

Cristiano Avila Maronna

1º Vice-Presidente

Alexis Couto de Brito

2º Vice-Presidente

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

Cooperação Jurídica

Internacional

Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

Cursos

Yuri Felix

Estudos e Projetos Legislativos

Luis Guilherme Mendes de Paiva

Estudos Sobre Habeas Corpus

Alberto Zacharias Toron

Infância e Juventude

Mariana Chies S. Santos

Iniciação Científica

Natália Macedo Sanzovo

Jornal de Ciências Criminais

Marina Pinhão Coelho Araújo

Justiça e Segurança Pública

Enedina do Amparo 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

Ivan Luis Marques da Silva

Sistema Prisional

Paulo Cesar Malvezzi

21º Concurso de Monografias de Ciências

Criminais – IBCCRIM

Frederico Normanha de Almeida

23º Seminário Internacional

Alexis Couto de Brito

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos sobre Ciências Criminais e

Direitos Humanos

César Mortari Barreira

Grupo de Estudos sobre Escolas Penais

Natália Macedo Sanzovo

Comissão Especial IBCCRIM Coimbra

Presidente

Rafael Serra de Oliveira

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral

Luciana Zaffalon

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

Rafael Vieira dos Santos

Núcleo de Biblioteca

Supervisão

Helena Curvello

Equipe

Anderson Fernandes Campos

Natalí de Lima Santos

Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão

Cristina Uchôa

Equipe

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão

Allyne Andrade

Equipe

Andreza Martiniano da Silva

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão

Willians Meneses

Equipe

Rafael Vieira

Taynara Alves Lira

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 139 • jan. / 2018

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editorial: Aline Darcy Flôr de Souza, 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

Produção Editorial

Coordenação

IVIE A. M. LOUREIRO GOMES

Líder Técnica de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite

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 Editoriais: Claudia Helena Carvalho, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Maria Cecília Andreo

Analista de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva

Estagiários: Angélica Andrade, Guilherme Monteiro dos Santos, Larissa Gonçalves de Moura, Miriam da Costa e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Brenno Stolagli Teixeira

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

O funcionalismo penal como continuação dos "percursos" da identidade da teoria do delito <i>The functionalist theory of crime as a continuation of "routes" of identity of the theory of crime</i>	
ANDRÉ LUÍS CALLEGARI e RAUL MARQUES LINHARES	15
Agravação pelo resultado: análise do crime de roubo agravado pelo resultado de morte nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro <i>Aggravated felony: review of the crime of robbery aggravated by the result of death in the Portuguese and Brazilian legal systems</i>	
GABRIELA BORGHI AFFONSO	39
O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro <i>The constitutional foundation of harm principle in Brazilian law</i>	
GALVÃO RABELO e TÚLIO VIANNA	69

CRIME E SOCIEDADE

Narrativas e encobrimentos criminológicos: desvelamento e vida negada (os excluídos entre os excluídos) segundo a ética da libertação <i>Criminological narratives and cover-ups: unveiling and denied life (the excluded between the excluded) by the ethics of liberation</i>	
ANA CLÁUDIA BASTOS DE PINHO e JOSÉ EDVALDO PEREIRA SALES	111
Prisões brasileiras: o descumprimento da lei pelo próprio Estado <i>Brazilian prisons: elements to reflect on the failure to fulfill the law by the state itself</i>	
CRISTINA ZACKESKI e BEATRIZ VARGAS RAMOS	143

A responsabilização internacional do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo crime de genocídio contra a população negra brasileira

The Brazilian state's international responsibility before the inter-American Human Rights Court for the crime of genocide committed against its black population

JOÃO PEDRO DUARTE BACELAR..... 171

Cidadania participativa e Educação Fiscal: o reflexo de políticas públicas educativas na contenção dos crimes contra a Ordem Tributária

Participatory citizenship and Fiscal Education: the reflection of public educational policies in the content of crimes against the Tax Order

KARIN BIANCHINI GIRARDI 215

As relações entre punição e estrutura social no Brasil: a prática de extermínio e o racismo como "modo de ser" do sistema penal

The relations between punishment and social structure in Brazil: the practice of extermination and racism as a way of being of the penal system

RÔMULO FONSECA MORAIS..... 247

ÍNDICE ALFABÉTICO–REMISSIVO 279

POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS..... 283

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS..... 293

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECKLIST*)..... 297

DOSSIÊS 2018 – EDITAL 1 299

O FUNCIONALISMO PENAL COMO CONTINUAÇÃO DOS "PERCURSOS" DA IDENTIDADE DA TEORIA DO DELITO

THE FUNCTIONALIST THEORY OF CRIME AS A CONTINUATION OF "ROUTES" OF IDENTITY OF THE THEORY OF CRIME

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Realizou estudos de pós-doutorado na Universidad Autónoma de Madrid sob a direção do Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá. Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Doutor *honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala – México. Doutor *honoris causa* pelo Centro Universitario del Valle de Teotihuacan – México. Professor de Direito Penal nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Advogado criminalista. callegari@callegariadvogados.com.br

RAUL MARQUES LINHARES

Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Membro do grupo de pesquisa Sistemas Punitivos. Integrante do projeto de pesquisa O direito penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social. Vice-Presidente da Comissão Especial de Direito Penal, Processo Penal e Política Criminal da OAB – subseção Novo Hamburgo/RS. Advogado criminalista. raul@ritterlinhares.com.br

Recebido em: 01.06.2017

Aprovado em: 05.09.2017

Última versão dos autores: 19.09.2017

ÁREAS DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Penal

RESUMO: Este trabalho tem o objetivo de desenvolver, em termos gerais, os paradigmas clássicos da teoria do delito (causalismo, neokantismo e finalismo), bem como o moderno paradigma funcionalista, afirmando-se o caráter de continuidade da teoria geral do delito, relacionada com o conceito de "percurso", representativo dessa condição histórica. Assim, por meio de pesquisa bibliográfica, realiza-se estudo sobre os objetos aqui propostos, permitindo-se a revisão do

ABSTRACT: This work aims to develop, generally speaking, the classical paradigms of the theory of crime (causal theory, neo-kantianism and teleological theory), as well as the modern functionalist paradigm, affirming the continuation character of the general theory of crime, relation to the concept of "routes", representative of this historical condition. Thus, with bibliographical research, is done study about the objects that are proposed, allowing the revision of the

discurso dominante em outras épocas por autores modernos da teoria do delito.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do delito – Dogmática – Funcionalismo penal.

dominant discourse in the past by modern authors of the theory of crime.

KEYWORDS: Theory of crime – Dogmatic – Functionalism theory of crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os clássicos paradigmas da teoria do delito. 2.1. O sistema causalista. 2.2. O sistema neokantiano. 2.3. O sistema finalista. 3. O funcionalismo penal como próximo passo do percurso da identidade da teoria do delito. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A teoria geral do delito sofreu marcantes reformulações no curso da história e, atualmente, presencia-se a continuação desse desenvolvimento da dogmática jurídico-penal, inclusive de sua relação com a política criminal.¹

O presente estudo objetiva apresentar, em linhas gerais, o percurso metodológico percorrido pela teoria do delito clássica, destacando as balizas que fundamentam as propostas causalista, neokantiana e finalista, prosseguindo-se ao exame da tendência funcionalista.

Assim, a formulação da teoria do delito é apresentada como um caminho incessante de questionamentos e reestruturações, condição própria e inafastável da mutabilidade do conhecimento humano.

Para o alcance do objetivo ao qual se pretende, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica a respeito do assunto, promovendo-se o diálogo com o conceito de “percurso” utilizado por Eligio Resta em sua obra *Percursos da identidade*. Nessa construção, a identidade é vista por Eligio Resta como “condenada”

-
1. Entendida a política criminal, em Franz von Liszt, como o estudo dos fins do Direito Penal; em Ernst von Beling, como “sociologia criminal aplicada”; em Eduardo Correia, como o campo do saber que recolhe e valora os resultados a respeito das causas do crime para que se possa estabelecer uma adequada política de combate ao fenómeno criminal; e, por fim, na distinção presente em Claus Roxin, a dogmática penal concebida como o estudo do Direito Penal como se apresenta e a política criminal como sendo voltada ao estudo do Direito Penal como deveria se apresentar (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguier e C., 1899. t. 1. p. 2; BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 195-196. Publicado com a obra *La doctrina del delito tipo*; CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1. p. 8; ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 187).

ao percurso (isto é, à mudança, à busca, à mutabilidade), em uma incessante construção e reconstrução própria. Em síntese, a identidade se encontra em um percurso desprovido de finitude.²

Conquanto desenvolvida a respeito de tema diverso, a obra de Eligio Resta será relacionada com o tema aqui desenvolvido no que se julga apropriado, consistente na afirmação de que, assim como a identidade dos indivíduos e dos grupos, também a dogmática penal se encontra em um percurso constante na formação de sua “identidade”, em um “apresentar-se” cambiante no decurso do tempo, não sem sofrer as resistências do novo de cada época (assim como a própria identidade de objeto de análise por Eligio Resta, que reconhece no diferente o seu inimigo).

2. OS CLÁSSICOS PARADIGMAS DA TEORIA DO DELITO

Na síntese de Santiago Mir Puig, a dogmática jurídico-penal, também chamada pelo autor de ciência do Direito Penal, pode ser concebida como o estudo normativo do Direito Penal.³

Relacionada a esse conceito se encontra a teoria do delito, considerada o núcleo da moderna dogmática penal⁴ e o meio técnico-jurídico que possibilita estabelecer a quem deve ser imputado determinado fato e quem deve responder pessoalmente por ele.⁵

Enrique Bacigalupo afirma que a teoria do delito pode ser considerada uma teoria da aplicação da lei penal; ou seja, trata-se de um instrumento conceitual destinado a possibilitar uma aplicação racional da lei a um determinado caso.⁶

Trata-se de estabelecer os aspectos do conceito de delito comuns a todos os fatos puníveis (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, além de seus inúmeros desdobramentos). Nesse sentido, deve-se compreender o fato de que os

2. RESTA, Eligio. *Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica*. Trad. Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Ijuí, 2014.

3. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 59.

4. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Evolución de la teoría del delito. *Aequitas*. Buenos Aires, v. 5, n. 5, p. 75, 1964. Disponível em: [<http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1342/1693>]. Acesso em: 10.03.2016.

5. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 199.

6. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 203.

principais elementos constitutivos do crime não se encontram nos tipos penais incriminadores, mas são fruto do intento da teoria do delito de compreender a ação punível como um todo.⁷

Toda essa formulação do conceito de crime não se encontra de maneira sistemática na legislação penal, pois se trata de uma construção teórica da dogmática penal. Por isso, a dogmática penal constitui a Ciência do Direito Penal por excelência, juntamente com outras disciplinas como a Criminologia, a Política Criminal e a Vitimologia.⁸

Percebida a teoria do delito como uma construção teórica fruto do conhecimento humano, é inafastável a conclusão de que, como acontece com o próprio conhecimento humano, a teoria do delito se desenvolva ao longo da história com reformulações em suas categorias.

No que se refere à ciência do Direito (e, conseqüentemente, do Direito Penal), deve-se assumir a inevitável mobilidade do conhecimento humano, para que se abandone a crença sempre fadada ao fracasso de que se chegou ao conhecimento final e incontestável.⁹

Para tanto, toma-se o conceito de “percurso” utilizado por Eligio Resta, que, por mais que se refira a tema diverso, faz-se adequada a relação. Em suas palavras, “Percursos, inicialmente, aqueles da identidade: indicam trajetos, deslocamentos, um proceder efetivamente, mas definido a partir do mesmo processo de deslocamento”.¹⁰

No que se refere ao tema aqui desenvolvido, está-se diante de um questionamento a respeito da forma ideal de configuração da teoria do crime, da metodologia mais acertada para a construção das categorias do delito. Carlos Fontán Balestra se refere ao problema da relação ou independência entre as categorias da teoria do crime e, também, da eleição do método aplicado na

7. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 210.

8. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 45.

9. Conforme destaca Fernando Hernández Gil: “Así como el orden político no hay que identificarle con un inmovilismo inmodificable por cuanto elemento constitutivo del mismo es la transformación, así también el orden científico –mucho más aún– exige una constante acción revisora que, en último término, es reflejo de la incesante movilidad de lo existente” (HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981. p. 12-13).

10. RESTA, Eligio. *Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica*. Trad. Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Ijuí, 2014. p. 21.

teoria do delito,¹¹ problemáticas essas que receberam diferentes respostas ao longo da história da dogmática jurídico-penal, o que confirma a antes mencionada transformação constante da ciência do Direito Penal. Ou seja, trata-se de matéria que tem percorrido, ao longo do tempo, diferentes configurações da “identidade da teoria do delito”.¹²

Jesús-María Silva Sánchez sintetiza a evolução da dogmática penal clássica em três fases, representando, respectivamente, os pensamentos formalista, neokantiano e finalista: “Derecho positivo, esfera axiológica, esfera ontológica (...)”.¹³ Essa mesma classificação tripartida é encontrada em Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend,¹⁴ Hans Welzel,¹⁵ Hans Joachim Hirsch,¹⁶ Claus Roxin,¹⁷ Giuseppe Bettiol,¹⁸ Jorge de Figueiredo Dias,¹⁹ entre outros.

2.1. O sistema causalista

O positivismo científico do século XIX (não apenas o jurídico) representa a sobreposição da ciência à religião, à política, à moral, à filosofia etc.,

-
11. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Evolución de la teoría del delito. *Aequitas*. Buenos Aires, v. 5, n. 5, p. 75, 1964. Disponível em: [<http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1342/1693>]. Acesso em: 10.03.2016.
 12. Ilustrando essa relação entre o transcorrer do tempo e a alteração do espaço com a modificação da identidade (que, neste trabalho, se aplica à teoria do delito), refere Eligio Resta: “A identidade segue os seus percursos e nós trataremos de segui-la nos seus percursos, (...) seguindo as impressões que ‘espaço’ e ‘tempo’ desenham no entorno da identidade” (RESTA, Eligio. *Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica*. Trad. Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Ijuí, 2014. p. 21).
 13. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 62.
 14. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 214.
 15. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.
 16. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Trad. Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 58, p. 5-28, 2005. Disponível em: [<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>]. Acesso em: 19.03.2016.
 17. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
 18. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1.
 19. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

acreditando-se na capacidade da ciência como ferramenta de explicação totalizante do mundo.²⁰ O paradigma positivista defende, assim, a identidade entre ciência e conhecimento.²¹

Essa corrente de pensamento procurou restringir o mundo da ciência aos fatos e às leis relacionadas a esses fatos, em uma visão propriamente empírica do conhecimento. Nesse esquema, são objeto de conhecimento científico os fatos e as leis que se manifestam nos fatos.²²

Percebe-se, nesse pensamento, um destaque para a lei geral da causalidade, presente em todos os fatos e determinando que tudo o que acontece, necessariamente, deve possuir uma causa anterior.²³

Hans Welzel refere que o positivismo se caracterizou como uma proposta de redução da razão, entendida como o que capta e interpreta as impressões sensíveis ao entendimento. Com o positivismo científico, o homem se limitava àquilo que se considerava perceptível à observação empírica – fatos e relações causais entre os fatos.²⁴ Nesse raciocínio, falta uma problematização a respeito do conhecimento, considerando-se evidente que o sujeito é capaz de apreender tudo a sua volta, pois se acredita que os objetos lhe são dados em sua essência (o que será questionado com o desenvolvimento dos problemas do processo e das possibilidades da cognição).²⁵

A preocupação do positivismo científico com o fato e as relações causais entre os fatos direcionou a atenção da teoria jurídica para o Direito positivo, criado por um órgão competente, desimportando o valor desse Direito²⁶ – basta a existência de uma lei, mesmo que venhamos a considerá-la censurável.²⁷

20. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981. p. 21-22.

21. WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. *Revista Estudos Filosóficos*. Minas Gerais, n. 5, p. 175, 2010. Disponível em: [www.ufsj.edu.br/portal-2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf]. Acesso em: 02.04.2016.

22. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 46-47.

23. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 47.

24. WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vincén. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971. p. 191.

25. HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 29.

Todo esse ideal positivista das ciências em geral influiu de maneira significativa na evolução da ciência penal,²⁸ ficando esse paradigma conhecido como causalista, formalista ou, também, naturalista.

O causalismo é representado, sobretudo, pelos autores alemães Franz von Liszt e Ernst von Beling e foi fundado nos postulados metodológicos do positivismo aqui delineado,²⁹ criado por Auguste Comte, matemático francês com rigorosas pretensões científicas que procurou desenvolver leis imutáveis que regessem a sociedade, dando início à sociologia.³⁰

Com a fundamentação dessa teoria causalista na visão do positivismo científico, procurou-se solucionar os problemas do Direito com argumentos sistemático-conceituais, deixando de fora da dogmática jurídica os conhecimentos filosóficos, psicológicos e sociológicos.³¹ A metodologia positivista de Franz von Liszt teve acolhida na Itália por Rocco, que afirmou, por volta do ano de 1910, que o Direito Penal deveria ter por objeto o direito positivo carente de qualquer contaminação antropológica, sociológica ou política.³²

Conforme defendido por Franz von Liszt, a política-criminal, campo do conhecimento de caráter social, deveria se preocupar com as ciências do ser (da realidade), enquanto a ciência do Direito Penal deveria se preocupar com

-
26. Essa corrente chega a identificar o Direito com o conjunto de leis, acreditando ser possível se resolver os problemas jurídicos sem o emprego de juízos valorativos, somente com o recurso à lei (JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 74 e 106).
 27. WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vincén. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971. p. 192.
 28. Nessa mesma época, surge, juntamente com o positivismo jurídico (dogmático), o positivismo criminológico, centrado no estudo das realidades naturais que acompanhavam o delito (JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 73-74).
 29. D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 54, ano 12, 2014, p. 147.
 30. DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, n. 227-228, set.-dez. 1999, p. 96-97. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf]. Acesso em: 27.06.2016.
 31. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 218.
 32. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 76.

as questões do dever-ser, distinção que tornava imprópria a introdução de conhecimentos político-criminais na ciência do Direito Penal.³³

Percebe-se, com isso, o objetivo do positivismo em realizar uma clara distinção entre os planos do ser e do dever-ser, conduzindo o Direito Penal a considerar o crime como algo que é, ausente de valorações transcendentais e separado da política-criminal. Assim, surge a doutrina causalista do delito, desprovida de considerações valorativas.³⁴

Esse pensamento mecanicista dominante no final do século XIX, proveniente das ciências da natureza, produziu na ciência do Direito Penal um tratamento da ação de uma maneira bipartida, com um processo causal externo, de um lado (objetivo), e um conteúdo da vontade, de outro lado (subjetivo).³⁵⁻³⁶

Estabelecia-se, nesse sistema clássico, a cisão entre as características causal-objetivas (pertencentes ao injusto) e as características psíquico-subjetivas (atribuídas à culpa – em sentido lato) do delito. Assim, formulava-se um primeiro grupo, representado pelo acontecimento caracterizado pelo processo causal externo, e um segundo grupo, consistente na relação psíquica do agente com o resultado.³⁷

Na parte objetiva do delito, essa concepção incluía elementos como a ação, a tipicidade e a antijuridicidade, enquanto a parte subjetiva se ocupava da culpabilidade,³⁸ formulando-se a clara separação entre o injusto e a culpabilidade, sem a existência de comunicação entre ambos.³⁹

Ilustrativa dessa racionalidade é a referência de Ernst von Beling, promovendo a clara distinção entre a face objetiva e a face subjetiva do delito: “Los elementos externos caracterizan el *tipo de ilicitud* de cada caso y los internos

33. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Parte general. Colômbia: Editorial Temos, 1996. p. 23-24.

34. DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, n. 227-228, set.-dez. 1999, p. 97. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf]. Acesso em: 27.06.2016.

35. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 49-50.

36. Tamaña era a distinção estabelecida entre as faces objetiva e subjetiva do delito que os autores clássicos Paul Johann Anselm von Feuerbach e Francesco Carrara consideravam o delito de maneira bipartida, composto apenas por culpabilidade e antijuridicidade. Posteriormente, no ano de 1906, Ernst von Beling desenvolve o conceito de tipo, que passa a integrar o conceito de delito (ROMERO SOTO, Luis Enrique. *Derecho penal: parte general*. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1. p. 235 e 309).

37. WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 19.

las particularidades de la *culpabilidad* que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud como tipo de delito”.⁴⁰

Se Eligio Resta se refere a uma “obsessão do idêntico” na formação da identidade social,⁴¹ no paradigma causalista se está também diante de uma obsessão do idêntico, promotora de uma união exageradamente delimitada entre as características objetivas do delito – e, novamente em Eligio Resta, considerando que a identidade sempre pressupõe o seu oposto,⁴² a identificação obsessiva dos elementos objetivos do delito promovem a exclusão, desse setor da teoria, dos elementos subjetivos.

Entre tantas críticas sofridas por esse paradigma, merece destaque a advertência de Johannes Wessels de que o ser humano porta consigo uma imagem de mundo tomada por representações valorativas, sendo capaz de realizar configurações sensíveis de seu meio. Por esse motivo, é incapaz de compreender corretamente o significado social e pessoal da ação humana, motivo pelo qual a concepção puramente causal acaba por fracassar.⁴³

Adentrando nessa teoria do delito, o pensamento de Franz von Liszt e Ernst von Beling em relação à ação, especialmente como movimento corpóreo

-
38. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Evolución de la teoría del delito. *Aequitas*. Buenos Aires, v. 5, n. 5, p. 76, 1964. Disponível em: [http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1342/1693]. Acesso em: 10.03.2016.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 195; WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 97; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*. Madrid, n. 5, p. 24, 2007. Disponível em: [http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf]. Acesso em: 19.03.2016.
39. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 14.
40. BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 43.
41. RESTA, Eligio. *Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica*. Trad. Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Ijuí, 2014. p. 47.
42. O processo de união pela identidade sempre produzirá, ao mesmo tempo, a exclusão, sendo que a identidade somente existe quando houver a diferença (RESTA, Eligio. *Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica*. Trad. Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Ijuí, 2014. p. 24).
43. WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 21.

produtor de uma modificação causal no mundo exterior perceptível pelos sentidos, não permitia a explicação adequada da omissão.⁴⁴ Na omissão, tomada a concepção causalista, não é ocasionado pelo agente qualquer curso causal em razão de seu comportamento,⁴⁵ sendo o comportamento omissivo relacionado a um elemento estranho à concepção causalista, fundamentada que foi no mundo do ser, qual seja, o dever de agir.⁴⁶

Superada a crença na completude da lei,⁴⁷ a distinção decidida entre ser e dever-ser do causalismo e, a partir disso, a separação entre Direito Penal e política criminal não podem garantir que o Direito Penal cumpra com os fins sociais que o legitimam.⁴⁸

Com o passar do tempo, abandonou-se a premissa básica desse pensamento formalista de que o objeto da ciência jurídica está contido unicamente no Direito Positivo.⁴⁹ Essa metodologia positivista pressupõe que o intérprete do Direito realize sua função sem qualquer interferência de preconceitos ideológicos, o que é impossível. O trabalho do intérprete, portanto, não deve partir da lei positivada, como apontado por Franz von Liszt, mas pela busca dos axiomas nos quais a lei positiva encontra seu fundamento.⁵⁰

Nesse sentido, o pensamento positivista e classificatório desse paradigma recebe a crítica de Claus Roxin, para quem esse modo de concepção da

44. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 207.

45. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 235.

46. D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 149, 2014.

47. Um problema notável, na crítica de Luís Greco, acreditando-se, por esse entendimento, que apenas se deveria realizar a subsunção da realidade à lei, atividade que se daria de forma valorativamente neutra (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, ano 8, out.-dez. 2000, p. 124).

48. DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, n. 227-228, set./dez. 1999, p. 98. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf]. Acesso em: 27.06.2016.

49. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 54.

50. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 77.

dogmática como um sistema fechado afasta a própria dogmática da realidade social, ao se estabelecer um sistema fundado em abstrações desprovidas de valorações político-criminais,⁵¹ motivo pelo qual algumas reformulações se fizeram necessárias nas concepções dos elementos do delito, o que conduziu o desenvolvimento da dogmática penal a um novo paradigma.

2.2. O sistema neokantiano

O pensamento próprio do positivismo, anteriormente delineado, foi abandonado no Direito Penal no começo do século XX,⁵² dando lugar a novos pensamentos aplicados à teoria do delito. Essa etapa da teoria do delito pode ser designada como conceito neoclássico de delito, pois não se trata de uma substituição da visão anteriormente dominante, mas de uma reformulação da mesma.⁵³

Também ficou conhecida essa teoria como neokantiana, na medida em que se defendeu um retorno à doutrina de Immanuel Kant,⁵⁴ ficando destacadamente conhecido por esse intento, no campo jurídico, Gustav Radbruch.⁵⁵

Essa pretensão de retorno ao pensamento kantiano se desenvolveu já no século XX, defendendo-se o abandono de um método puramente formalista e a classificação do Direito como uma das ciências do espírito, na qual se deveria proceder metodologicamente pelas tarefas de compreender e valorar (introdução de considerações axiológicas no Direito).⁵⁶

Para os adeptos dessa corrente, conforme a referência de Manuel Jaén Vallejo, enquanto as ciências naturais seriam capazes de captar a realidade empírica de

51. OXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio e Janeiro: Renovar, 2012. p. 22-23.

52. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 207; JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 108.

53. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 219.

54. WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. *Revista Estudos Filosóficos*. Minas Gerais, n. 5, p. 175, 2010. Disponível em: [www.ufsj.edu.br/portal-2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf]. Acesso em: 02.04.2016.

55. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. El neokantismo jurídico axiológico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Espanha, n. 3, p. 262, 1986. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/14276]. Acesso em: 13.01.2017.

56. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 108.

forma neutra e objetiva, as ciências do espírito (classificação na qual foi inserido o Direito⁵⁷) se desenvolviam por meio de valorações – método valorativo, portanto.⁵⁸ Nesse paradigma, a dogmática passa a ser construída normativamente.⁵⁹

Nesse paradigma, a dogmática passa a ser construída normativamente.⁶⁰ Considera-se que a dogmática jurídica sempre se volta a fatos referidos a valores – as normas jurídicas –, pensamento que foi impulsionado pela aplicação do ponto de vista da Escola sudocidental ao Direito por Emil Lask e, também, por Gustav Radbruch.⁶¹

No âmbito da teoria do delito, Jesús-María Silva Sánchez refere que essa corrente dogmática permitiu a introdução de elementos valorativos na causalidade antes estritamente física, de elementos subjetivos no tipo até então objetivo, de considerações materiais na antijuridicidade antes considerada basicamente formal e de considerações normativas à culpabilidade entendida anteriormente como relação de causalidade psicológica.⁶²

Substituindo a lógica formal da teoria anterior, desenvolveu-se um conceito de delito de acordo com os fins perseguidos pelo Direito Penal⁶³ e os juízos de

57. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 197.

58. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 108.

59. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Trad. Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 58, p. 7, 2005. Disponível em: [<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>]. Acesso em: 19.03.2016.

60. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Trad. Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 58, p. 7, 2005. Disponível em: [<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324>]. Acesso em: 19.03.2016.

61. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 217-218.

62. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 57.

63. Gustav Radbruch exemplifica a importância da finalidade do Direito para a sua análise: “una mesa es una tabla con cuatro patas. Contra una definición semejante se levantara en seguida la objeción de que hay mesas con tres patas, con dos y hasta plegables sin ninguna, que, esencial a la mesa, sólo sería, pues, la tabla. La tabla de una mesa es como otro ensamblaje cualquiera de tablas, sólo diferenciables entre sí por su respectiva finalidad; de modo que sólo se alcanza una determinación conceptual cuando se dice que la mesa es un mueble en el que colocar algo para los que en torno se sienten.

valor que lhe servem de base, o que pode ser designado como teoria teleológica do delito.⁶⁴ Com base nisso, afirma-se que o injusto (fato típico antijurídico)⁶⁵ se configura nessa teoria como objetivo-valorativo e a culpabilidade como um critério subjetivo-valorativo.⁶⁶

Com a influência da filosofia neokantiana e sua orientação por valores, percebe-se uma sistematização do Direito Penal mais aberta, o que permitiu um certo afastamento da separação determinista entre ser e dever-ser (no causalismo, o crime era concebido como algo que é, desprovido de juízos axiológicos) e uma certa aproximação entre o sistema penal e suas finalidades político-criminais.⁶⁷

Carlos Daza Gómez admite como ponto positivo do que o autor refere por “causalismo valorativo”⁶⁸ (pensamento neokantiano) a inserção de valores e de certa orientação político-criminal ao sistema penal, o que pode ser percebido pela concepção de culpabilidade como uma categoria de valor. Todavia, entende ser insuficiente essa abertura do sistema penal, destacando que a ação típica, como primeiro nível dogmático, segue sendo concebida de maneira causalista, cega e mecanicista, motivo pelo qual o autor refere que também pode ser considerada positivista essa visão, referindo-se a esse pensamento como uma segunda fase do positivismo causalista.⁶⁹

Una consideración ciega para el fin, es decir, para el valor, es, pues, imposible ante una obra humana, y por consiguiente también, una consideración ciega al valor del derecho o de cualquier fenómeno jurídico aislado” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del derecho*. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952. p. 11).

64. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 220.

65. Na referência de Luís Greco, fala-se, aqui, de um “tipo de injusto” ou de “antijuridicidade tipificada” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez. 2000, p. 125).

66. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1, p. 132.

67. DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, n. 227-228, set./dez. 1999, p. 98. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf]. Acesso em: 27.06.2016.

68. Mesma designação presente em Juan J. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábel Malarée e que demonstra o caráter de continuidade do paradigma anterior (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1. p. 129).

69. DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, n. 227-228, set./dez. 1999, p. 98-99. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf]. Acesso em: 27.06.2016.

Ainda, em Claus Roxin, encontra-se a referência de que, mesmo no neokantismo, o sistema dogmático não se construiu fundado em decisões político-criminais como oposição ao pensamento lógico-formal até então dominante. A introdução de valorações político-criminais foi incorporada na hierarquia positivista-conceitual, mantendo-se a bipartição entre perspectivas formais e materiais dos elementos do delito e desenvolvendo-se uma contradição no sistema.⁷⁰

O caráter complementar (e não de superação) do neokantismo em relação ao positivismo é destacado por Santiago Mir Puig, quando esclarece que o conceito de ação permaneceu sendo causal, apesar da introdução excepcional de elementos subjetivos no tipo; que, mesmo se afirmando o caráter valorativo da antijuridicidade, segue sendo antijurídico o caso fortuito, que exclui a culpabilidade; e que, por mais que se dissesse estar superado o conceito psicológico da culpabilidade, permaneceram o dolo e a culpa integrando essa culpabilidade. Em razão disso, a teoria do delito neoclássica aparece como uma mescla de elementos muitas vezes inconciliáveis, resultado da manutenção de suas origens positivistas (naturalismo) somada à revisão neokantiana (referência a valores).⁷¹

Ainda assim, Luís Greco destaca que, apesar de muitas críticas do sistema naturalista (causalismo) serem dirigidas também ao neokantismo, não devem ser confundidas essas duas teorias, especialmente pelo fato de o causalismo possuir mais características em comum com o sistema finalista do que com o neokantiano.⁷²

2.3. O sistema finalista

O finalismo considera que incorporar valorações ao processo de construção das categorias dogmáticas conduziria a um reprovável relativismo e

70. Exemplo dessa racionalidade que relaciona o “novo” ao “velho” da teoria do delito é a seguinte citação do autor: “Quando a interpretação de tipos, avalorada e quase automática, em correspondência ao ideal positivista-liberal, não alcança soluções claras ou aceitáveis, a solução é procurada teleologicamente, através do bem jurídico protegido. Quando, após o exame da antijuridicidade formal, a busca por uma causa escrita de justificação se mostra infrutífera, mas o juízo de antijuridicidade parece político-criminalmente errôneo, pode-se chegar à negação da antijuridicidade material através de uma ponderação de bens e interesses. Ao mesmo tempo, na teoria da culpabilidade, a rigidez dos preceitos da lei positiva é atenuada por considerações de exigibilidade” (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 24-26).

71. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 220-221.

72. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez. 2000, p. 123.

subjetivismo.⁷³ Ao contrário da concepção neokantiana, para a qual o objeto era determinado pelo método aplicado, para Hans Welzel a lógica inversa passa a ser válida e o objeto passa a determinar o método.⁷⁴

De um lado, o finalismo refuta o cerne do positivismo dogmático ao defender que o Direito Penal não deve ser centrado no contingente em razão de tempo e espaço – o Direito positivo. Por outro lado, entende que o Direito Penal não pode, também, submeter-se a valorações de conteúdo igualmente variável, dependentes de contextos culturais, objetando-se o neokantismo.⁷⁵ Considerado o neokantismo como demasiadamente vulnerável a um subjetivismo epistemológico, o finalismo surge como tentativa de superação dessa problemática com a concepção de que o mundo empírico é concebido previamente ao conhecimento humano, sendo o conhecimento humano condicionado a essa ordem das coisas preestabelecidas – conhecidas como estruturas lógico-objetivas.⁷⁶

Essa negação tanto do cerne do pensamento formalista do positivismo quanto do relativismo atribuído ao neokantismo se fundamenta na principal crença do finalismo como sistema ontológico: a de que a dogmática deveria se fundamentar em um sistema atemporal e imperecível. Para isso, recorre-se às estruturas lógico-objetivas.⁷⁷

Mantendo-se a opinião de que a dogmática devesse se configurar de maneira sistemática, o finalismo se diferenciava das correntes anteriores por defender que devesse a dogmática tomar por objeto básico o permanente, o supranacional, o suprapositivo da matéria jurídica, fundamentando-se em estruturas lógico-objetivas.⁷⁸⁻⁷⁹

73. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 60.

74. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 229.

75. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 109; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 58.

76. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 59 e 185.

77. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 109.

78. Jesús-María Silva Sánchez apresenta quatro traduções possíveis à expressão alemã utilizada por Hans Welzel: estrutura lógico-objetiva, ôntico-lógica, lógico-material e lógico-real (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 58).

Do pensamento de Hans Welzel decorria o fato de o legislador se encontrar vinculado à natureza das coisas, sendo seu trabalho condicionado a realidades ônticas preexistentes.⁸⁰ Desse modo, o legislador não se encontra apenas vinculado às leis físicas da natureza, mas também às estruturas ontológicas do objeto de sua regulamentação, devendo aceitar a estrutura finalista da ação e todas as consequências que dela decorrerem.⁸¹ Aliás, tanto o legislador como o intérprete restam vinculados às estruturas lógico-objetivas imutáveis.⁸²

Com essa construção do Direito Penal vinculada à natureza das coisas previamente dadas, Hans Welzel atribuiu à metodologia do finalismo a capacidade de construção de uma dogmática penal ideologicamente neutra e de validade geral, transferível a outros ordenamentos jurídicos, pois suas bases são retiradas da própria realidade.⁸³

Para ilustrar esse pensamento, transcreve-se o exemplo citado por Santiago Mir Puig: “El legislador puede decidir con libertad la incriminación del aborto, pero no ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y a los seis meses den a luz niños viables. Del mismo modo, tampoco puede ordenar ni prohibir meros procesos causales no conducidos finalmente”.⁸⁴

A limitação do Direito Penal promovida pelo finalismo inicia-se pelo conceito de ação. A estrutura ontológica da ação de Hans Welzel, fundamentada no fato de que toda a conduta humana se situa na esfera do “ser final”, sendo um dado pré-jurídico, não é passível de alteração pelo Direito, devendo o Direito a ela se submeter.⁸⁵

79. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 58.

80. ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. *Universitas: Revista de filosofía, Derecho y Política*. Madrid, n. 5, p. 36, 2007. Disponível em: [http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf]. Acesso em: 19.03.2016.

81. CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. p. 212.

82. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 110.

83. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Trad. Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 58, p. 7, 2005. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324]. Acesso em: 19.03.2016.

84. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 234-235.

85. CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. p. 239.

Reconhecendo o mérito da teoria finalista, Johannes Wessels critica o estreitamento do conceito de ação produzido por essa teoria, referindo que nem sempre o homem primeiramente representará as consequências de sua conduta, para, somente depois, realizá-la. Nesse sentido, cita os exemplos dos atos determinados pelo subconsciente e as omissões desprovidas da direção finalística do acontecer.⁸⁶

No tocante à aceitação de um conceito pré-típico de ação como comportamento humano, ainda se tem a advertência de Fabio Roberto D'Avila de que essa opção (por um conceito anterior ao jurídico, como apregoado pelo finalismo) se reflete não em uma premissa natural ou social válida em si, mas em uma opção ideológica, dogmática, político-criminal ou criminológica.⁸⁷

Ainda com Jorge de Figueiredo Dias, refere-se que o ontologismo finalista acaba por criar um refinado conceitualismo, deixando um espaço demasiadamente reduzido para as opções jurídico-políticas ou, no presente caso, político-criminais do legislador e do aplicador.⁸⁸

Essa crítica é endossada por Jesús-María Silva Sánchez, aludindo-se a todos os paradigmas pré-funcionalistas da dogmática penal, mas, em especial, ao finalismo, quando aponta uma tendência à despreocupação com a aplicabilidade do Direito Penal, na medida em que suas construções teóricas se fundamentam em operações lógico-abstratas. Esse modelo teórico produz, para o autor, uma barreira entre as construções dogmáticas e as necessidades reais de aplicação do Direito Penal – por esse motivo, a intenção do funcionalismo de desfazer essa barreira e construir um sistema dogmático suscetível a alterações em suas categorias com fundamento nos objetivos do Direito Penal.⁸⁹

Diante de críticas como essa, a teoria do delito seguiu seu percurso a uma nova reformulação de sua identidade.

86. WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 21.

87. D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 145, 2014.

88. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 202.

89. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 68.

3. O FUNCIONALISMO PENAL COMO PRÓXIMO PASSO DO PERCURSO DA IDENTIDADE DA TEORIA DO DELITO

O embate entre fechamentos e aberturas da dogmática penal às exigências de diversas ordens, que acompanhou o desenvolver da teoria do delito no curso da história, é sintetizado nas palavras de Carlos Daza Gómez:

Nosotros podemos plantear el problema metodológico de los sistemas penales antes vistos, mediante la siguiente tesis: llámese *dogmática cerrada* al procedimiento resolutorio de conflictos que requiere de la construcción de un sistema penal previo; y dígase en este sentido que la resolución del conflicto va del sistema al problema, mediante el seguimiento estricto de los principios, que como axiomas o postulados, rigen al sistema. Por otra parte, digamos que existe una *dogmática abierta* cuando el desarrollo resolutorio de conflictos va del problema al sistema. Reconózcase a la primera forma de proceder (del sistema al problema) como *sistemática* o *pensamiento sistemático*; y a la segunda forma de resolver conflictos (del problema al sistema) reconozcámosla como *tópica* o *pensamiento problemático*. Ahora bien, “el problema metodológico consiste en saber cómo se debe pensar la dogmática: *del sistema al problema, o del problema al sistema*”.⁹⁰

Pode-se dizer que a dogmática penal experimentou uma ligeira tendência em alterar o paradigma estabelecido pelo positivismo, que muito bem acolhia o método “do sistema ao problema”. Com o neokantismo, a dogmática penal experimentou tendências de uma formatação “do problema ao sistema”,⁹¹ tendência obstada pelo finalismo.

90. DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, n. 227-228, set./dez. 1999, p. 103. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf]. Acesso em: 27.06.2016.

91. Nas palavras de Fabio Roberto D’Avila, “É certo que, após a marcante experiência do finalismo de Welzel, o direito penal retomaria o caminho da normatividade, já uma vez assinalado pela teoria neo-clássica do crime” (D’AVILA, Fabio Roberto. Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 179, p. 19, 2007). Da mesma forma, José Cerezo Mir: “Podemos hablar hoy de un resurgimiento del normativismo, frente al ontologismo de la escuela finalista; de un normativismo que enlaza, en cierto modo, con el dominante en la Ciencia del Derecho penal europea bajo la influencia de la filosofía jurídica neokantiana” (CEREZO MIR, José. El finalismo, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Espanha, t. 46, mês 1, p. 9, 1993. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217]. Acesso em: 13.01.2017).

Claus Roxin refere que já não se acredita em soluções jurídico-penais deduzidas de conceitos superiores como apregoado pelo finalismo, referindo se enxergar pouco rendimento prático da existência dessas categorias superiores. Contudo, adverte que a extinção de uma sistematização da teoria do delito conduziria o Direito Penal a um estado de acaso e de arbítrio, o que também não se deseja.⁹²

Diante dessa crítica ao sistema até então construído na teoria do delito, mas também diante da irrenunciabilidade de uma sistematização da teoria do delito, Roxin conclui que a crítica não se dirige ao pensamento sistemático em si, mas às equivocadas premissas sobre as quais se fundam o sistema.⁹³

Se também a identidade (considerada como fator social) deixa de ser um dado natural e passa a ser lida como um processo, como criação, sujeita a modificações no espaço e no tempo,⁹⁴ também a dogmática jurídico-penal transcende o limite natural ou ontológico do finalismo para ser tomada como construção normativa.

Assim, Claus Roxin defende a presença dos problemas político-criminais na teoria geral do delito, integrando-os como conteúdo seu. Isso fica visível quando se questiona sobre a punibilidade de alguém que desiste da tentativa de um delito,⁹⁵ resposta não alcançada por meio de conceitos teóricos, pois se trata de um problema afeito à política-criminal.⁹⁶

Esse mesmo caminho metodológico é tomado por Günther Jakobs, também um nome presente no funcionalismo penal, destoando, contudo, da proposta de Claus Roxin quando trata de estabelecer a missão atribuída ao Direito Penal.⁹⁷⁻⁹⁸

92. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio e Janeiro: Renovar, 2012. p. 9-11.

93. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio e Janeiro: Renovar, 2012. p. 11-12.

94. RESTA, Eligio. *Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica*. Trad. Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Ijuí, 2014. p. 97.

95. Situação regulada, no Brasil, pelo artigo 15 do Código Penal: “Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

96. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 14-15.

97. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 70.

98. Diferentemente do primeiro citado, Günther Jakobs direciona a sua proposta teórica à tutela colateral de bens jurídicos por meio do Direito Penal. O objetivo primordial do Direito Penal seria, na verdade, a tutela de expectativas normativas por meio da

Uma questão de destaque para o funcionalismo se encontra, na lição de Jesús-María Silva Sánchez, na intenção de racionalizar a intervenção dos aspectos teleológicos e axiológicos na construção de um sistema aberto, no qual se analise “(...) cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines, etc.”.⁹⁹

Com isso, admite-se a possibilidade de alteração do significado de cada categoria em razão de alterações valorativas ou de variações na compreensão dos fins do Direito Penal e do sistema da teoria do delito.¹⁰⁰ Por isso, afirma-se que se procede ao intento de normativizar determinadas categorias da teoria do delito, a fim de se fornecer uma resposta mais adequada em relação à finalidade preventiva.¹⁰¹

Assim, os postulados político-criminais são, no paradigma atual da dogmática penal, utilizados como critérios de decisão para a aplicação do Direito Penal,¹⁰² como ocorre na afirmação de Carlos Gómez-Jara Díez de que a utilização do Direito Penal à pessoa jurídica deve tomar como baliza as finalidades político-criminais concretas dessa utilização.¹⁰³

Em um contexto atual, considerando-se a afirmação de Eligio Resta de que “É notório quais problemas o multiculturalismo que a crescente fase migratória

manutenção da vigência das normas. Isto é, com a prática do delito, o criminoso questiona a vigência da norma penal; em contrapartida, com a aplicação da pena, reafirma-se a vigência da norma anteriormente questionada. Por meio dessa lógica, em um exercício de reafirmação constante da confiança no Direito, permite-se a convivência social de acordo com o regramento jurídico. Mesmo que se possa direcionar críticas contundentes a essa construção, o que aqui importa é perceber a sua inovação, ao lado do funcionalismo de Roxin, no contexto de evolução histórica da teoria do delito (JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 20; JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997).

99. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 68.
100. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 68.
101. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 282.
102. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Parte general. Colômbia: Editorial Temes, 1996. p. 24.
103. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98*. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 9.

induz tem criado aos sistemas jurídico-políticos,”¹⁰⁴ inevitável se questionar a respeito da indispensável adequação do Direito Penal às diversas realidades produzidas por esse mesmo multiculturalismo.

Por isso, a inserção de valorações político-criminais na dogmática surge como fator necessário a permitir o desenvolvimento da teoria do delito de acordo com as especificidades e necessidades espaço-temporalmente verificadas, sem que se incorra no equívoco presente em paradigmas anteriores de que a criação de uma teoria do delito universal e imutável seja apropriado.

4. CONCLUSÃO

Diante da evolução da teoria do delito, especialmente se considerando os três paradigmas clássicos (causalismo, neokantismo e finalismo), assim como o funcionalismo como tendência pós-finalista, torna-se irrefutável a afirmação de que questionamentos e reformulações fazem parte da realidade da dogmática penal.

Assumindo-se isso, possibilita-se uma tomada de postura em relação à proposta funcionalista não pautada em discursos “cegos”, de pronta resistência ao “novo” e apego irrenunciável ao “velho”.

Assim, a postura crítica se apresenta necessária, com o constante questionamento do conhecimento vigente, o que torna possível o desenvolvimento do pensamento.

Primando-se, portanto, pelo questionamento das teorias postas, transcreve-se a pergunta formulada por Claus Roxin, necessária ao estudo da formatação da teoria do delito ideal e que evidencia o critério utilizado em sua teoria conhecido como “resistência da coisa”:¹⁰⁵ “De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável ao sistema?”.¹⁰⁶

104. RESTA, Eligio. *Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica*. Trad. Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Ijuí, 2014. p. 70.

105. Nas palavras de Luís Greco a respeito desse critério: “(...) quanto menores os atritos entre o conceito e objeto a que ele se refere, quanto mais fácil e naturalmente venham surgindo as soluções, maiores as probabilidades de que o resultado do trabalho dogmático signifique um acerto” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, ano 8, out.-dez. 2000, p. 138).

106. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio e Janeiro: Renovar, 2012. p. 7.

Por fim, sabendo-se que o funcionalismo penal também não se apresenta no cenário jurídico isento de críticas,¹⁰⁷ ao menos se deve considerar de maneira aberta se não constitui essa proposta o mais novo passo dado no caminho percorrido pela “identidade da dogmática penal”.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Madrid, n. 5, p. 23-45, 2007. Disponível em: [http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf]. Acesso em: 13.01.2017.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Parte general. Colômbia: Editorial Temos, 1996.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. v. 1.
- CEREZO MIR, José. El finalismo, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Espanha, t. 46, mês 1, p. 5-20, 1993. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5217]. Acesso em: 13.01.2017.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1.
- D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 54, ano 12, p. 135-163, 2014.
- D’AVILA, Fabio Roberto. Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 179, p. 19-20, 2007.

107. Para Jesús-María Silva Sánchez, as críticas ao pensamento dogmático teleológico-funcionalista têm se desenvolvido em três direções fundamentais: primeiramente, atribui-se a esse pensamento a pretensão de construir um modelo contrário às pretensões científicas e supranacionais da dogmática, uma vez que permite maiores inseguranças em razão da flexibilidade do sistema; por outro lado, com a reconstrução normativa de suas categorias, conduz a uma crescente confusão entre as mesmas; por último, atribuindo-se um viés utilitarista comumente empregado a essa teoria, refere-se que essa teoria se presta a uma utilização (instrumentalização) em sentido autoritário e contrário às garantias do Estado de Direito (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 71).

- DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, n. 227-228, p. 95-108, set.-dez. 1999. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf]. Acesso em: 27.06.2016.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. Evolución de la teoría del delito. *Aequitas*, Buenos Aires, v. 5, n. 5, p. 75-79, 1964. Disponível em: [http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1342/1693]. Acesso em: 13.01.2017.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98*. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. El neokantismo jurídico axiológico. *Anuario de filosofía del Derecho*, Espanha, n. 3, p. 249-280, 1986. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/14276]. Acesso em: 13.01.2017.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, ano 8, p. 120-163, out.-dez. 2000.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Trad. Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 58, p. 5-28, 2005. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324]. Acesso em: 19.03.2016.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1.

- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del derecho*. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952.
- RESTA, Eligio. *Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica*. Trad. Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Ijuí, 2014.
- ROMERO SOTO, Luis Enrique. *Derecho penal: parte general*. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vincén. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.
- WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. *Revista Estudos Filosóficos*, Minas Gerais, n. 5, p. 174-186, 2010. Disponível em: [www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art-13-rev5.pdf]. Acesso em: 02.04.2016.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de "política criminal e sistema jurídico-penal", de Luís Greco Roxin – *RBCCrim* 32/120-163 (DTR\2000\462); e
- Reflexões sobre a construção sistemática do Direito Penal, de Claus Roxin – *RBCCrim* 82/24-47 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/121-140 (DTR\2010\6).

AGRAVAÇÃO PELO RESULTADO: ANÁLISE DO CRIME DE ROUBO AGRAVADO PELO RESULTADO DE MORTE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

AGGRAVATED FELONY: REVIEW OF THE CRIME OF ROBBERY AGGRAVATED BY THE RESULT OF DEATH IN THE PORTUGUESE AND BRAZILIAN LEGAL SYSTEMS

GABRIELA BORCHI AFFONSO

Mestre em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra, Portugal. Pesquisadora estagiária na Universidade de Salamanca, Espanha, no marco do programa ERASMUS +. gabii.affonso@hotmail.com

Recebido em: 16.03.2017

Aprovado em: 09.05.2017

Última versão da autora: 19.06.2017

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente estudo versa sobre um dos temas mais delicados da dogmática penal, os crimes preterintencionais e os crimes agravados pelo resultado, os quais suscitam diversas questões acerca de fundamentos, hipóteses e critérios para o particular agravamento da pena contido nesses tipos penais. A abordagem do tema divide-se em duas partes. Realiza-se primeiramente uma revisão bibliográfica sobre a evolução dogmática dos crimes preterintencionais e dos crimes agravados pelo resultado. Posteriormente, empreende-se uma análise jurisprudencial e doutrinária do crime de roubo agravado pelo resultado de morte nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, com o fito de avaliar a abordagem conferida por referidos ordenamentos jurídicos, bem como averiguar eventuais problemas e incoerências concernentes a esse tipo penal na legislação e jurisprudência brasileiras, sobretudo no que tange à sua harmonização com os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade das penas.

ABSTRACT: This study addresses one of the most contentious problems of criminal dogmatic, pre-intentional crimes and crimes aggravated by the result, which raise doubts regarding the legal grounds, parameters and criteria for the aggravation of the penalty for these crimes. The approach of this issue is separated in two parts. Firstly, a bibliographic review shows the dogmatic evolution of pre-intentional crimes and crimes aggravated by result. Subsequently, an extensive jurisprudential and doctrinaire review of the crime of robbery aggravated by the result of death in the Portuguese and Brazilian legal systems is carried out with the purpose of evaluating these legal systems approach to the above crime and ascertain possible problems and inconsistencies of this criminal offence in Brazilian law and jurisprudence, especially regarding its convergence with the culpability and the proportionality principles.

PALAVRAS-CHAVE: Agravação pelo resultado – Crime preterintencional – Latrocínio – Culpabilidade – Proporcionalidade.

KEYWORDS: Aggravated felony – Pre-intentional crime – Larceny – Culpability – Proportionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Preterintencionalidade e agravação pelo resultado. 3. O crime de roubo agravado pelo resultado de morte. 3.1. Direito português. 3.2. Direito brasileiro. 4. Considerações Finais. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente escrito traz à baila um dos mais delicados problemas da dogmática penal, os crimes preterintencionais e os crimes agravados pelo resultado, os quais representam figuras dogmáticas complexas nas quais a pena aplicável ao tipo legal é agravada em razão de um resultado não querido pelo agente e que derivou da realização do tipo fundamental. Sabe-se que o problema precípuo suscitado pelas incriminações preterintencionais e pelos crimes agravados pelo resultado reside em determinar as hipóteses e os critérios em razão dos quais se deve fazer a imputação ao agente do evento mais grave – tendo em vista, sobretudo, os preceitos externados pelo princípio da culpabilidade –, bem como encontrar o verdadeiro fundamento para o particular agravamento da pena nelas contido.

Diante dessa problemática, *ab initio*, este estudo perfaz uma revisão bibliográfica sobre a evolução dogmática dos crimes preterintencionais e dos crimes agravados pelo resultado, fazendo alusão à responsabilidade objetiva e à responsabilidade subjetiva, bem como às eventuais justificativas e críticas para a agravação da pena contida nessas figuras dogmáticas. Subsequentemente, para uma compreensão da relevância prática do tema, empreende-se uma análise doutrinária e jurisprudencial do crime de roubo agravado pelo resultado de morte nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro – os quais oferecem tratamentos copiosamente diferentes ao crime em questão –, com o propósito de aferir a abordagem conferida por referidos ordenamentos jurídicos e seus respectivos tribunais, bem como delinear eventuais problemas, incoerências e possibilidades concernentes a esse tipo penal no âmbito da legislação e jurisprudência brasileiras, sobretudo no que tange à sua harmonização com os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade das penas.

2. PRETERINTENCIONALIDADE E AGRAVAÇÃO PELO RESULTADO

Os crimes preterintencionais e os crimes agravados pelo resultado compreendem uma evolução da dogmática jurídico-penal, que tem sua gênese no

princípio canônico *versari in re illicita*, o qual traduz uma ideia de responsabilidade objetiva ou responsabilidade pelo resultado, constituída a partir do mero nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano efetivamente provocado – sem qualquer referência à atuação dolosa ou culposa¹ –, no sentido de que o agente deve ser penalmente responsável por qualquer resultado lesivo decorrente de sua conduta, ainda que fortuito e imprevisível. Historicamente, assente no princípio supramencionado, a estrutura típica do crime preterintencional compreendia a conjugação de um crime doloso com um resultado mais grave derivado do tipo fundamental, tendo como consequência jurídica uma especial agravação da pena cominada, a despeito de qualquer liame subjetivo entre a conduta do agente e o resultado mais grave.²

Nas codificações penais do século XIX, a doutrina majoritária entendia que o limite mínimo para a imputação do evento agravante no crime preterintencional era o mero nexo de causalidade adequada entre o resultado mais grave e o crime fundamental, o que ensejava a punição do agente por um resultado ocorrido para além de sua intenção, sendo-lhe imputada uma responsabilidade objetiva.³ Conforme lições de José Beleza dos Santos, o Código Penal português de 1886 previa duas hipóteses de responsabilidade objetiva,

1. Mencione-se que as expressões “dolo/culpa” e “culpabilidade” contidas na legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras correspondem aos termos “dolo/negligência” e “culpa”, respectivamente, no âmbito do direito português. O presente trabalho utiliza-se das expressões empregues no direito brasileiro, salvo para citações diretas ou quando se faça referência expressa à legislação e à doutrina portuguesas. Essa consideração aplica-se ainda no âmbito do direito espanhol e alemão.
2. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais*. Coimbra. Trabalho apresentado para exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1961. p. 101. Sobre isso: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 458; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 185. Consoantes ensinamentos de JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 279, “en estos casos, determinadas acciones que ya de por sí resultan punibles, se conminan con una pena sustancialmente superior al hecho básico a causa de la especial peligrosidad que les es inherente, cuando el peligro típico conectado con el hecho se materializa en un resultado lesivo”.
3. MONIZ, Helena. *Agravação pelo resultado?* Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 404. No mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Responsabilidade pelo resultado...*, cit., p. 126 e passim.

nomeadamente, os crimes preterintencionais e os crimes agravados pelo resultado, nos quais o resultado efetivamente produzido estava além do pretendido, mas acabava por influir na pena a ser cominada, independentemente da culpabilidade do agente.⁴ Do mesmo modo, o Código Penal brasileiro de 1940 não continha qualquer disposição expressa acerca da agravação pelo resultado, de modo que se formaram duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais distintas, uma delas exigindo o dolo ou a culpa para a imputação do resultado agravante e outra que consagrava a responsabilidade penal objetiva, fundamentada somente no nexo causal. Quando da reforma do Código Penal em 1984, o legislador posicionou-se acerca dessa disputa doutrinária e buscou eliminar, do ordenamento jurídico brasileiro, a denominada responsabilidade penal objetiva.⁵

Com a evolução da dogmática penal e a consolidação do princípio *nulla poena sine culpa* como fundamento precípua e limite da pena – no sentido de que não há pena sem culpabilidade e a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade –, passou-se a exigir que a imputação do resultado nos crimes preterintencionais não reste limitada ao nexo de causalidade adequada, mas dependa ainda de um nexo de culpabilidade, ao menos sob a forma de culpa.⁶ O princípio da culpabilidade é a expressão mais íntegra do respeito à pessoa, uma vez que obsta a imputação de um resultado pela mera causação deste, bem

4. SANTOS, José Beleza dos. *Lições sobre a culpa*: apontamentos de direito criminal coligidos de harmonia com as preleções magistradas do Exmo. Prof. Doutor Beleza dos Santos ao curso do 5º ano jurídico de 1940/1941, por A. Moraes e Castro, Fernando de Seabra. Coimbra, 1941. p. 46.

5. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 330. Nos termos do item 16 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal (n. 211, de 09.05.1983), “(r)etoma o Projeto, no art. 19, o princípio da culpabilidade, nos denominados crimes qualificados pelo resultado, que o Código vigente submeteu à injustificada responsabilidade objetiva. A regra se estende a todas as causas de aumento situadas no desdobramento da ação”.

6. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. (Questões fundamentais; a doutrina geral do crime, t. I). p. 317. Nas palavras do ilustre autor português, exige-se um “nexo de culpa, sob a forma de negligência”. Para uma melhor compreensão da inserção do princípio da culpabilidade no ordenamento jurídico português, vide CORREIA, Eduardo. *Código Penal*. Projecto da Parte Geral. Separata do Boletim do Ministério da Justiça n. 127, Lisboa, 1963, o qual prevê, em seu artigo 14º, que “a agravação da responsabilidade pelo evento é sempre limitada pela possibilidade de imputação desse evento a título de negligência”. Ainda sobre isso: MONIZ, Helena. Op. cit., p. 404; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Responsabilidade...*, cit., p. 5.

como proíbe o exercício do poder punitivo quando o direito não exija uma conduta diversa por parte do agente.⁷

Consoante ensinamentos de Welzel, os pressupostos essenciais do princípio da culpabilidade residem na liberdade de vontade e na capacidade de imputação, uma vez que a culpabilidade consiste na *reprovabilidade da formação da vontade*, e, por conseguinte, um resultado mais grave somente pode ser atribuído ao agente quando seja decorrente de uma ação voluntária, dolosa ou culposa.⁸ No mesmo sentido, Jescheck assinala que a culpabilidade tem como pressuposto lógico a liberdade de decisão, visto que a responsabilização por um ato ilícito somente pode ser atribuída a alguém quando exista essencialmente a capacidade de determinação.⁹

Conforme já anteriormente assinalado, a culpabilidade é um pressuposto subjetivo indispensável da aplicação da pena e constitui um dos critérios que concorre para sua graduação, consoante o entendimento de que a pena não deve ultrapassar o marco da culpabilidade contida na conduta.¹⁰ Referido preceito resta vertido no artigo 40º, n. 2, do Código Penal português, o qual dispõe que “em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”, e no artigo 59 do Código Penal brasileiro, o qual preleciona que o juiz estabelecerá a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos, atendendo, entre outras coisas, à culpabilidade do agente.

No âmbito do direito português, o artigo 18º do Código Penal, sob a epígrafe “agravação da pena pelo resultado”, assinala que “quando a pena aplicável a um facto for agravada em função da produção de um resultado, a agravação é sempre condicionada pela possibilidade de imputação desse resultado ao agente pelo menos a título de negligência”. No mesmo sentido, o artigo 19 do Código Penal brasileiro dispõe que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 120. Sobre isso: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 24-25.

8. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1965. p. 152. No mesmo sentido: SANTOS, José Beleza dos. Op. cit., p. 2, salienta que as ações humanas que importam responsabilidade são apenas as ações livres, de modo que a responsabilidade não pode decorrer do mero nexo causal entre a conduta e o resultado, fazendo-se imprescindível que a conduta da qual decorre o resultado seja livre.

9. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 437.

10. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 460-462.

Ressalte-se que os dispositivos supratranscritos são análogos ao § 18º do Código Penal alemão (antigo § 53), o qual consagra legalmente o princípio da culpabilidade, afastando qualquer hipótese de responsabilidade penal objetiva, ao prescrever que somente resulta aplicável ao autor uma agravação da pena em razão do resultado quando a consequência produzida seja imputável a esse ao menos a título de culpa.¹¹

O regime consignado nos dispositivos legais em epígrafe elimina qualquer forma de responsabilidade objetiva – que historicamente sempre esteve ligada a essa espécie de crimes – e, com isso, consubstancializa integralmente o princípio da culpabilidade.¹² Assim, a análise do crime agravado pelo resultado deve fundamentar-se na ideia de que a responsabilidade penal não compreende a mera responsabilidade pelo resultado, e, portanto, a simples ligação causal entre conduta e resultado não é suficiente para fundamentar a culpabilidade, fazendo-se imprescindível uma ligação subjetiva consciente entre o resultado e a conduta.¹³ Sobre isso, Welzel preleciona que o resultado mais grave nunca é relevante se considerado apenas o nexos de condição entre esse e a conduta, fazendo-se necessária a apreciação da ação integralmente considerada, com base na teoria da adequação.¹⁴

Consoante preleciona Figueiredo Dias:

(...) não basta à imputação do resultado agravante que entre este e o crime fundamental se verifique um nexos (ainda que particularmente exigente) de causalidade adequada, mas é sempre e ainda necessário, relativamente à produção do resultado agravante, que se comprove pelo menos a violação pelo agente da diligência devida e, ademais disso, que o agente tivesse a capacidade para a observar.¹⁵

No âmbito da legislação penal brasileira, não há previsão de “qualquer hipótese típica em que a produção do resultado não seja alcançada ao menos

11. JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 279. O § 18º do StGB preleciona que, se a lei associa uma pena mais grave a uma consequência especial do feito, esta só se aplica ao autor ou partícipe quando a consequência possa ser imputada a esses ao menos culposamente.

12. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 315-316, § 57; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro...*, cit., p. 457.

13. MONIZ, Helena. *Agravação...*, cit., p. 87.

14. WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, cit., p. 56. Sobre isso: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 217-219 e 300.

15. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 319. § 63.

por culpa”¹⁶. Consoante ensinamentos de Bitencourt, uma das poucas questões consensuais sobre os resultados agravadores reside na “impossibilidade de o agente responder pelo resultado mais grave, sem culpa, especialmente a partir da reforma penal de 1984”¹⁷. Isso posto, depreende-se que a imputação do resultado mais grave deve necessariamente fundamentar-se na culpabilidade do agente, e não meramente no resultado, sob pena de aplicação de uma responsabilidade objetiva, em desrespeito ao princípio básico de todo o sistema, *nullum crimen sine culpa*.¹⁸

Ressalte-se, ainda, que o crime agravado pelo resultado só pode considerar-se preenchido se o evento agravante for, em concreto, consequência adequada do crime fundamental e se restar comprovada a violação do dever de cuidado por parte do agente, conforme preleciona a doutrina da *causalidade adequada*, em um correlativo distanciamento da doutrina da *causalidade natural*.¹⁹ Sobre isso, Cirino dos Santos preleciona que nos crimes agravados pelo resultado – além da imprudência implícita na ação dolosa antecedente –, faz-se necessária a definição do resultado mais grave como *efeito causal e produto do risco* criado pela ação dolosa do agente, sob pena de absoluto desrespeito ao princípio da culpabilidade.²⁰ Mencione-se, ainda, que a culpa deve ser real e efetiva – não bastando uma *culpa presumida* –, de modo que se faz imprescindível a prova positiva do nexo de causalidade adequada e da culpa do agente no caso concreto.²¹

No que tange ao grau de culpa exigido para a imputação do resultado ao agente, o entendimento de Figueiredo Dias se perfaz no sentido de que o resultado

16. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro...*, cit., p. 457.

17. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 120.

18. Nesse sentido: DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 475; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos...*, cit., p. 308.

19. CAEIRO, Pedro; SANTOS, Cláudia. Negligência inconsciente e pluralidade de eventos: tipo-de-ílicito negligente – unidade criminosa e concurso de crimes – princípio da culpa. Acórdão da Relação de Coimbra de 6 de Abril de 1995. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, 1996. p. 135. Sobre a *causalidade adequada* como fundamento da responsabilidade penal: JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 296 e ss.

20. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*, cit., p. 185.

21. DIAS, Jorge de Figueiredo. Crime preterintencional, causalidade adequada e questão de facto. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano 17, 1970. p. 260 e ss.

preterdoloso deve ser imputado ao agente somente quando evidenciada uma culpa qualificada – em princípio, uma culpa consciente –, decorrente, sobretudo, da ideia de que o dolo em relação ao crime fundamental liga-se a um perigo típico de produção do resultado especialmente grave.²² Em simetria, Jescheck e Roxin assinalam que, no âmbito do direito penal alemão, para alguns crimes agravados pelo resultado, e cada vez com maior frequência, o legislador exige que reste comprovada a *culpa temerária*, forma mais grave de manifestação da culpa.²³

A título de informação, oportuno consignar que, no ordenamento jurídico espanhol, o princípio da responsabilidade subjetiva resta consagrado no artigo 5º do Código Penal, o qual preleciona que “no hay pena sin dolo o imprudencia”²⁴ e representa um limite ao *jus puniendi* do Estado, uma vez que implica que nenhum dano, por mais grave que seja, não pode ser considerado penalmente relevante quando não seja decorrente de uma ação voluntária, elidindo a imposição de sanções pelo mero resultado.²⁵ Santiago Mir Puig preleciona que os crimes preterintencionais e os crimes agravados pelo resultado são manifestações da responsabilidade objetiva e, em razão disso, o legislador espanhol optou por erradicar completamente essas figuras do ordenamento jurídico, de modo que, se do crime fundamental doloso advir um resultado mais grave, este só poderá ser imputado ao agente quando for decorrente de dolo ou culpa, consoante as regras do concurso ideal de delitos.²⁶

-
22. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 318. Mencione-se que, em sua obra de 1961 denominada *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais* – presente nas referências bibliográficas deste trabalho –, Figueiredo Dias posiciona-se quanto à exigência de culpa – consciente ou inconsciente – para imputação do resultado preterintencional. Não obstante, na obra em epígrafe, mais recente, o prestigiado autor modifica seu entendimento e assinala que o resultado agravante do crime preterintencional deve ser imputado ao agente apenas nas hipóteses em que se verifique a culpa qualificada, ou seja, a culpa consciente.
23. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 280; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, t. I). p. 330, preleciona que a *culpa temerária* refere-se à culpa grosseira, termo também utilizado pela doutrina portuguesa.
24. Em termos similares ao anteriormente mencionado, o ordenamento jurídico espanhol também faz uso da expressão “imprudência” para referir-se ao conceito que a doutrina brasileira designa “culpa”.
25. TOMILLO, Manuel Gómez (Dir.). *Comentários al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2011. p. 67-68.
26. PUIG, Santiago Mir e BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Comentarios al Código Penal: Reforma LO5/2010*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 40.

Cabível mencionar ainda a existência de entendimentos diversos acerca dos elementos que compõem a figura complexa dos crimes agravados pelo resultado. Parte da literatura advoga que, com o advento dos crimes agravados pelo resultado e sua positivação legislativa, a figura do crime preterintencional, que antes possuía tratamento doutrinário autônomo, perdeu um pouco de sua autonomia, passando a ser abrangida pela figura mais geral do crime agravado pelo resultado,²⁷ o qual abarca, além das hipóteses de preterintencionalidade, combinações dolo-dolo ou culpa-culpa. Diversamente, a equiparação entre as figuras do crime agravado pelo resultado e do crime preterdoloso ainda se mantém em grande parte da doutrina, a qual preconiza que a imputação do resultado mais grave deve restar limitada às hipóteses de preterintencionalidade, ou seja, deve necessariamente decorrer de culpa.²⁸

Nessa tônica, Figueiredo Dias assinala que o crime agravado pelo resultado difere-se do crime preterintencional, sobretudo, pelo fato de que naquele o crime fundamental pode ser cometido com dolo ou culpa e o resultado agravante não tem que constituir necessariamente um crime culposos, mas pode constituir um simples estado, fato ou situação que, em si mesmos, não podem ser considerados criminosos,²⁹ ou ainda um resultado típico cometido com dolo eventual, nas hipóteses em que a lei pune apenas o fato cometido com dolo direto.³⁰ Consoante seus ensinamentos, a culpa constitui o limite mínimo da imputação, mas não necessariamente consiste em seu limite máximo em determinadas situações. Se o resultado agravante representar um crime em si mesmo e for dolosamente provocado, a punição dessas condutas nos termos da figura típica especificamente agravada configura uma contradição normativa, visto que, segundo as regras gerais, o agente deve ser punido pelo concurso real dos crimes dolosamente praticados, conforme determina o princípio da culpabilidade. Entretanto, nas situações em que os resultados agravantes sejam fatos atípicos – logo, não puníveis autonomamente –, a atuação por dolo justifica a punição a título de crime agravado pelo resultado, sobretudo porque a atipicidade do resultado acaba por afastar automaticamente a possibilidade do concurso de crimes.³¹

27. CUNHA, J. Damião da. Tentativa e participação nos crimes preterintencionais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, 1992. p. 562.

28. Para uma análise mais aprofundada do tema, MONIZ, Helena. *Agravação...*, cit., p. 404 e passim.

29. Caso típico da gravidez resultante da violação.

30. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 318, § 62.

31. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 320, § 65. Sobre isso: CUNHA, J. Damião da. *Tentativa...*, cit., p. 564; MONIZ, Helena. *Agravação...*, cit., p. 492, § 9.

Roxin, por sua vez, preleciona que o emprego do termo “ao menos” (utilizado nas legislações brasileira, portuguesa e alemã) designa – para além dos crimes preterintencionais, nos quais há uma combinação dolo-culpa – combinações dolo-dolo como delitos agravados pelo resultado.³²

No âmbito da doutrina brasileira, Delmanto preconiza que o resultado que agrava especialmente a pena pode ser imputado ao agente quando seja decorrente de dolo ou de culpa (preterdolo)³³, de modo que o delito qualificado pelo resultado deve ser compreendido como uma figura complexa que abarca hipóteses de preterintencionalidade, tipicidade plural dolosa ou tipicidade plural culposa, mas não admite a imputação do resultado mais grave sem que haja dolo ou culpa, afastando-se qualquer forma de responsabilidade objetiva.³⁴

Em sentido diverso, Damiano da Cunha assevera que a agravação da pena pelo resultado deve ser interpretada nos moldes tradicionais dos crimes preterintencionais, em que a culpa assume o limite mínimo e máximo da imputação do evento agravante, preceito esse que deve valer como norma geral em relação às disposições da parte especial, as quais, no entanto, podem impor derrogações quanto ao limite mínimo ou máximo da imputação por meio de uma previsão específica das situações que combinem dolo-dolo, fora do âmbito dos crimes agravados pelo resultado.³⁵

Tecidas essas considerações acerca dos elementos que compõem os crimes agravados pelo resultado, cabível, ainda, distingui-los dos crimes qualificados. Os delitos qualificados caracterizam-se por constituírem elementos adicionais à forma simples do tipo penal – relativamente à ilicitude ou à culpabilidade do agente – que agravam especialmente a pena; os crimes agravados pelo resultado, por sua vez, compreendem um resultado distinto do que seria decorrente do crime fundamental, de modo que o bem jurídico protegido pelo crime agravado pelo resultado é distinto do bem jurídico tutelado pelo tipo legal fundamental.³⁶

Por fim, mencionem-se as vicissitudes doutrinárias acerca do fundamento para a agravação da pena em medida superior à que resultaria da normal

32. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general...*, cit., p. 330.

33. DELMANTO, Celso. *Código Penal...*, cit., p. 475.

34. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro...*, cit., p. 457; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal*, cit., p. 440.

35. CUNHA, J. Damiano da. *Tentativa...*, cit., p. 578.

36. MONIZ, Helena. *Agravação...*, cit., p. 423-425.

aplicação das regras do concurso. Alguns críticos advogam pela abolição pura e simples dos crimes qualificados pelo resultado em razão de sua moldura penal excessiva, lesiva aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da culpabilidade, considerando que o conteúdo de desvalor de tais delitos pode ser plenamente preenchido com as regras gerais referentes ao concurso de crimes.³⁷ Nesse contexto, Zaffaroni assinala que os crimes agravados pelo resultado – como figuras complexas – configuram uma exceção à regra geral do concurso formal, de modo que o máximo da pena que lhes é cominada não pode exceder a soma de todas as penas dos crimes individualmente considerados, sob pena de tornar-se desproporcional e irracional.³⁸

Em sentido diverso, Figueiredo Dias preleciona que o crime agravado pelo resultado não consiste em uma mera justaposição de crimes, mas constitui uma *fusão* íntima entre conduta e resultado, em razão do perigo normal e típico que está ligado à realização dolosa do crime fundamental, de modo que o fundamento para a agravação da punição reside na *especificidade do nexo* entre o crime fundamental e o resultado agravante.³⁹ Helena Moniz, por sua vez, afirma que o fundamento para a agravação da pena reside na necessidade de proteção acrescida a determinados bens jurídicos individuais, bem como na ilicitude intensificada presente na conduta do agente, decorrente do perigo de um resultado mais grave intrinsecamente vinculado ao crime fundamental doloso, “de forma que o desvalor inerente ao facto global ultrapassa o que seria abarcado pela relação de concurso ideal entre o crime base e o resultado agravante”⁴⁰. Consoante ensinamentos de Eduardo Correia, é o perigo normal, típico, poder-se-ia dizer quase necessário, ligado à prática de determinados crimes que constitui a justificativa para a agravação da pena neles cominada.⁴¹

Traçados sucintamente os contornos essenciais do crime agravado pelo resultado, abordar-se-á, a seguir, a figura típica do crime de roubo agravado pelo resultado de morte nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro,

37. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral* , cit., p. 185. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general...* , cit., p. 331.

38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal* , cit., p. 442.

39. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Crime preterintencional...* , cit., p. 264. No mesmo sentido: CUNHA, J. Damiano da. *Tentativa ...* , cit., p. 563.

40. MONIZ, Helena. *Agravação...* , cit., p. 410- 411 e passim.

41. CORREIA, Eduardo. In: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos...* , cit., p. 309.

a fim de elucidar se o tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial oferecido a esses crimes coaduna-se com os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade.

3. O CRIME DE ROUBO AGRAVADO PELO RESULTADO DE MORTE

3.1. *Direito português*

O Código Penal português prevê o crime de roubo em seu artigo 210º, n. 1, o qual preleciona que:

(...) quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair, ou constranger a que lhe seja entregue, coisa móvel alheia, por meio de violência contra uma pessoa, de ameaça com perigo iminente para a vida ou para a integridade física, ou pondo-a na impossibilidade de resistir, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

O n. 3, por sua vez, prevê que “se do facto resultar a morte de outra pessoa, o agente é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos”.

No Projeto de Revisão do Código Penal, os membros da Comissão de Revisão apresentaram opiniões distintas no que tange às condutas subsumíveis ao tipo penal do roubo agravado pelo resultado de morte. A despeito do entendimento proferido pelos Senhores Conselheiros Manso Preto e Ferreira Ramos, no sentido de que o roubo agravado pelo resultado de morte deveria cingir-se apenas às hipóteses de *negligência grosseira*,⁴² a inteligência perfilhada pelo legislador foi a de não adotar tal limitação, nos termos propostos por Figueiredo Dias.⁴³ A supressão da referência à *negligência grave* constante no artigo 306º, n. 4, da versão original do Código Penal de 1982 consubstancializa o princípio

42. No presente tópico, utilizar-se-á os termos empregues na legislação e doutrina portuguesa (dolo/negligência e culpa), a fim de não descaracterizar a essência e o conteúdo dos conceitos propostos. A título de esclarecimento, mencione-se ainda que a *negligência grosseira* ou *negligência grave* são termos utilizados pelo legislador português como referência a uma conduta negligente particularmente censurável, ou seja, uma *negligência qualificada* (v.g., arts. 137º, n. 2, 156º, n. 3, 274º, n. 5, 351º e 369º, n. 5, todos do Código Penal). Nas palavras de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 903, § 17: “a negligência grosseira constitui, em direito penal, um grau essencialmente aumentado ou intensificado de negligência”.

43. PORTUGAL. Ministério da Justiça. Acta n. 29, de 14 de maio de 1990. *Código Penal: Actas e Projecto da Comissão de Revisão*. Lisboa: Rei dos Livros, 1993. p. 319-330.

estabelecido no artigo 18º, no sentido de que basta a mera negligência para que se verifique a agravação pelo resultado.⁴⁴

Trata-se de matéria consensual na doutrina e na jurisprudência que o tipo legal do crime de roubo agravado pelo resultado de morte – previsto no artigo 210º, n. 3 – abrange apenas as hipóteses de preterintencionalidade, caracterizadas pela conjunção de um crime fundamental doloso (roubo) e de um resultado agravante (homicídio) provocado pela conduta do agente, não compreendido no dolo, mas imputável a título de negligência, consciente ou inconsciente.⁴⁵ Nesse contexto, depreende-se que, entre o tipo legal de roubo e de homicídio doloso, há concurso efetivo de crimes, enquanto, entre o roubo e homicídio negligente, efetua-se concurso aparente, subsumindo-se os fatos ao tipo legal do roubo agravado pelo resultado.⁴⁶

Conforme já aludido anteriormente, para a verificação do crime de roubo agravado pelo resultado de morte, faz-se imprescindível uma ligação subjetiva entre o resultado agravante e a conduta, afastando-se qualquer tipo de responsabilidade objetiva. Sobre isso, sublinhe-se que a previsibilidade do resultado preterintencional deve restar comprovada nos autos conforme as concretas qualidades e capacidades do agente, não sendo suficiente a comprovação da previsibilidade para o homem médio colocado em sua posição. Nesse sentido, o Tribunal da Relação do Porto determina que:

(...) 3. a negligência, nos casos de crimes agravados pelo resultado, satisfaz-se com a previsibilidade deste resultado. 4. A agravação pelo resultado decorre duma real e reconhecida existência de perigo, ínsito na conduta do agente e por ela posto em marcha. 5. A negligência consiste em não ter previsto o que devia prever-se e em não ter evitado o que devia evitar-se.⁴⁷

Ressalte-se ainda a necessidade de *unidade da ação* entre o crime doloso e o resultado agravante, de modo que o resultado morte deve ser decorrência

44. CUNHA, Conceição Ferreira da. Artigo 210º (Roubo). In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Ed.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial. Coimbra: Coimbra, 1999. (Artigos 202º a 307º, t. II). p. 190. § 99.

45. CUNHA, Conceição Ferreira da. Artigo 210º (Roubo). In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Ed.). Op. cit., p. 183, § 72. No mesmo sentido, CUNHA, J. Damião da. *Tentativa...*, cit., p. 576 e passim.

46. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 178, § 57.

47. PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto (1ª Secção Criminal). Recurso penal n. 442/10.3PBCHV.P1, do 2º Juízo do Tribunal Judicial de Chaves. Relator: Vítor Carlos Simões Morgado, de 31 de outubro de 2012.

dos meios utilizados pelo agente para realizar a subtração, nomeadamente, a violência. Assim, ultima-se que só podem ser subsumidas ao tipo penal do roubo agravado pelo resultado de morte as hipóteses nas quais a violência empregada no crime de roubo acaba por causar a morte. Por conseguinte, se o homicídio for cometido para preparar, facilitar ou encobrir o crime patrimonial, verificar-se-á o concurso efetivo de crimes, uma vez que não aferida a unidade de ação.⁴⁸ Em simetria, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de que, se a morte da vítima for intencionalmente desejada pelo agente (homicídio doloso), não há que se falar em crime de perigo efetivo – situação prevista no roubo agravado pelo resultado de morte –, mas em um crime de resultado que constituirá o concurso efetivo entre os crimes de roubo e homicídio.⁴⁹

Para que o tipo legal compreenda um crime complexo na formulação dolo-dolo, o legislador teria que expressamente referir-se a essa situação, tal como o fez no artigo 433º do Código Penal de 1886, o qual previa a hipótese de latrocínio, configurado como um crime complexo resultante da fusão de dois crimes dolosos, produzidos na atuação de uma conduta unitária.⁵⁰ O atual Código Penal não prevê a figura do latrocínio – consistente no roubo doloso com homicídio doloso –, de modo que essa conduta será punível nos termos do concurso efetivo de crimes, com fundamento no princípio da culpa e na ausência de unidade de ação entre o homicídio e a subtração quando se verifica o dolo em ambas as condutas.⁵¹

Isso posto, a questão que aqui se coloca é saber se o concurso se estabelece entre o crime de homicídio e o crime de roubo ou furto. Cabível ressaltar, desde já, que os entendimentos apresentados pela doutrina e jurisprudência não são pacíficos.

48. CUNHA, Conceição Ferreira da. *Comentário conimbricense...*, cit., p. 189-190, § 95.

49. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 107/13.4JACBR.C1.S1. Recurso penal do Tribunal Judicial de Lousã. Relator: Maia Costa, de 15 de outubro de 2014. No mesmo sentido: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 08P2811. Recurso penal do Tribunal Judicial de São Pedro do Sul. Relator: Santos Carvalho, de 16 de outubro de 2008.

50. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Responsabilidade...*, cit., p. 117-118. O fundamento do tipo legal em análise reside na possibilidade de punição do crime de roubo com homicídio independentemente do valor da coisa subtraída. É a inteligência do artigo 433º: “Quando o roubo fôr cometido ou tentado, concorrendo o crime de homicídio, será aplicada aos criminosos a pena de prisão maior celular por oito anos (...)”.

51. CUNHA, Conceição Ferreira da. *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 191, § 101º.

Conceição da Cunha preleciona que, nas hipóteses em que o homicídio for cometido para preparar, facilitar ou encobrir o crime patrimonial, deve-se estabelecer o concurso entre o homicídio qualificado e o furto, visto que a violência já restará punida no âmbito do homicídio. Não obstante, verificar-se-á o concurso entre os crimes de roubo e homicídio se a violência exercida para subtração do bem for distinta da violência exercida para matar. Consoante ensinamentos da autora:

(...) a única dúvida será a de saber se o concurso se estabelece com o roubo se com o furto; parece que será com este último, pois a violência já é punida no âmbito do homicídio qualificado – neste sentido pronunciou-se o Ac. da RC de 11-2-87 BMJ 364º, 949: “se o homicídio é cometido antes da apropriação, visando prepará-la, facilitá-la ou executá-la, a mesma apropriação já não deve ser qualificada pela violência, na medida em que o bem jurídico subjacente a esta já tinha a respectiva protecção contida na punição do homicídio (neste caso podem existir em acumulação real, os crimes de homicídio e de furto, em qualquer das suas formas próprias)”; o concurso será, no entanto, com o roubo, se a violência exercida para subtrair o bem se puder distinguir da usada para matar – p. ex., se o agente usa de violência para subtrair o bem e depois mata para encobrir o roubo.⁵²

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que “no caso em que o homicídio se destina a facilitar a execução da apropriação dos bens da vítima, o concurso estabelece-se entre o homicídio e o furto e não entre o homicídio e o roubo, pois a violência já é punida no âmbito do homicídio”⁵³.

Sobre a adequação típica dos fatos na hipótese de concurso de crimes, cabe referir que, no crime agravado pelo resultado, a morte é decorrente do exercício da violência utilizada para a subtração; o concurso de crimes, por sua vez, verifica-se quando a morte for dolosamente causada, uma vez que, nessas hipóteses, a violência que causa a morte constitui um crime autónomo e, assim, não pode concorrer em concurso real com outros crimes que também exigem a violência como elemento essencial do tipo. Nessa tônica, ultima-se que o reconhecimento do concurso efetivo entre roubo e homicídio qualificado denota uma dupla valoração da violência. Ademais, ao admitir que o concurso se estabelece entre os crimes de homicídio e roubo, faz-se imprescindível o

52. CUNHA, Conceição Ferreira da. *Comentário conimbricense...*, cit., p. 191, § 101º.

53. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 508/05.1GBLLE.S1. Recurso penal do Tribunal da Relação de Évora. Relator: Santos Carvalho, de 29 de outubro de 2009.

reconhecimento da relação de consunção entre esses delitos, de modo que o sentido social do ilícito mais grave (homicídio) consome o ilícito menos grave (roubo), sendo a subtração apenas um elemento de agravação da medida concreta da pena.⁵⁴

Oportuno ainda abordar a possibilidade de punição da tentativa no âmbito dos crimes agravados pelo resultado. Manuel Cavaleiro Ferreira nega plenamente a admissibilidade da tentativa de crimes qualificados pelo resultado, considerando o argumento de que não é possível a tentativa de crime negligente.⁵⁵

Essa posição foi criticada por Damião da Cunha, que a reputou imediatista e equivocada, uma vez que algumas modalidades de crimes agravados pelo resultado permitem a punibilidade da tentativa, fazendo-se necessária a análise das especificidades de cada caso concreto, da configuração fundamental do tipo legal e da natureza da agravação. Consoante seus ensinamentos, quando o resultado agravante pressupõe a consumação do tipo penal fundamental doloso, não é possível a tentativa; entretanto, quando esse resultado deriva apenas da periculosidade dos meios empregues na realização do tipo fundamental doloso – não sendo necessária a consumação do crime fundamental para a produção do resultado mais grave – é possível a tentativa nas hipóteses em que se verifique a tentativa do crime fundamental e a consecução do resultado agravante⁵⁶. Em suas palavras, “a tentativa será punível em casos concretos, dependendo fundamentalmente da configuração do tipo legal e da razão de ser da agravação”⁵⁷. Em resumo, a tentativa de roubo agravado pelo resultado de morte será admitida nas hipóteses em que o homicídio negligente reste consumado, mas a subtração permaneça na forma tentada. As demais hipóteses não se mostram viáveis, visto que não se admite a tentativa de crimes negligentes⁵⁸.

Diante da sucinta análise do crime de roubo agravado pelo resultado no ordenamento jurídico português, ultima-se que, a despeito das controvérsias e

54. CAEIRO, Pedro. Preleções magistradas pelo Prof. Doutor Pedro Caeiro no curso de Direito Penal no Mestrado Científico em Direito na Universidade de Coimbra [16.03.2016]. Gravação e reprodução autorizadas pelo autor.

55. Acrescente-se a esse argumento que o Código Penal português não possui dispositivo semelhante ao § 11, (2), do StGB, o qual classifica os crimes agravados pelo resultado como tipos penais dolosos.

56. CUNHA, J. Damião da. *Tentativa...*, cit., p. 569-570.

57. CUNHA, J. Damião da. *Tentativa...*, cit., p. 572.

58. CUNHA, Conceição Ferreira da. *Comentário conimbricense...*, cit., p. 191. § 102.

críticas suscitadas, a doutrina e a jurisprudência são consoantes no sentido de que a subsunção dos fatos a esse tipo legal só é possível quando se trate de um crime preterintencional, sendo possível a tentativa quando a subtração permaneça na forma tentada e o homicídio reste consumado.

3.2. *Direito brasileiro*

O artigo 157 do Código Penal brasileiro tipifica o crime de roubo, definindo-o como a conduta de “subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzida à impossibilidade de resistência”. O § 3º, por sua vez, preleciona que: “se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa”. A segunda parte do parágrafo retrotranscrito diz respeito ao crime de roubo qualificado pelo resultado de morte, denominado *latrocínio* pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 1º, II, Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos.⁵⁹

O latrocínio é um crime complexo previsto no Código Penal como um crime contra o patrimônio, de modo que a competência para seu julgamento é do juiz singular, e não do Tribunal do Júri (competente para o julgamento de crimes dolosos contra vida). A despeito de o latrocínio compreender uma ofensa ao bem jurídico vida, em adição à ofensa contra o patrimônio, a política legislativa adotada no Código Penal optou por priorizar esta última, uma vez que o elemento volitivo principal do agente é a subtração de bens mediante o emprego de violência.⁶⁰

Cabível mencionar que o latrocínio surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como um crime preterintencional, ou seja, um crime patrimonial executado dolosamente, com violência, acrescido de um resultado mais grave, a morte da vítima, resultante de culpa.⁶¹ Todavia, em razão da elevada pena cominada, a doutrina e a jurisprudência acabaram por conferir um novo entendimento ao tipo penal em análise, no sentido de que o latrocínio

59. É a redação do dispositivo legal em comento: “Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no [...] Código Penal, consumados ou tentados: II – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*)”.

60. FILHO, Roberval Rocha Ferreira; VIEIRA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes. *Súmulas do Supremo Tribunal Federal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 278.

61. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3..., cit., p. 120 e 123.

resta configurado quando o resultado morte seja decorrente de dolo ou culpa do agente, indistintamente.⁶²

O legislador brasileiro estabeleceu expressamente que o resultado morte deve ser decorrência da *violência* anterior – aqui entendida somente como violência física (*vis corporalis*) –, de modo que não resta configurado o latrocínio se o resultado morte for decorrência da grave ameaça (*vis compulsiva*). Assim, quando o resultado mais grave *resultar* de outro fato que não a violência física empregada no crime de roubo, a alternativa legislativa residirá no concurso de crimes: roubo e homicídio, podendo esse último ser doloso ou culposo, consoante as circunstâncias fáticas e os elementos subjetivos do caso concreto.⁶³

A questão mais perscrutada no estudo do latrocínio diz respeito à definição da tentativa. Tratando-se de um crime complexo – cujos crimes componentes são o roubo e a morte –, diversas controvérsias e dificuldades interpretativas surgem quando um dos crimes componentes do delito não se consuma, o que oportuniza uma vasta divergência jurisprudencial nos tribunais brasileiros quanto à caracterização do latrocínio, conforme analisar-se-á a seguir.

Restando *consumados a subtração e o homicídio*, é majoritário o entendimento de que há *latrocínio consumado* – e não homicídio qualificado em concurso com roubo –, não importando se a morte decorreu de dolo ou culpa ou quais foram as intenções do agente quanto ao resultado de morte, de modo que apenas o caso fortuito e desvinculado do *iter criminis* poderia levar à desclassificação.⁶⁴

A desclassificação do latrocínio para roubo só se justifica se o agente não puder prever o resultado morte, não havendo qualquer liame subjetivo entre a conduta do agente e o resultado que agrava especialmente a pena. Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná pronunciou-se no sentido de

62. DELMANTO, Celso. *Código Penal*..., cit., p. 475; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3..., cit., p. 118.

63. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 276; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3..., cit., p. 123.

64. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara de Direito Criminal). Apelação 0022391-79.2014.8.26.0576, da 3ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, SP, Voto 01381, rel. Des. Bandeira Lins, 16.11.2015; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado São Paulo (1ª Câmara de Direito Criminal). Apelação 0003166-82.2012.8.26.0434, da Comarca de Pedregulho, SP, Voto 9874, rel. Des. Ivo de Almeida, 22 de junho de 2015; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (4ª Câmara de Direito Criminal). Apelação 9000013-34.2010.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, SP, Voto 25.655, rel. Des. Ivan Sartori, 30.06.2014.

que é inadmissível a desclassificação do crime de latrocínio para homicídio se o réu, após matar a vítima, a despoja de seus pertences ou se tem a intenção de matar para assegurar a execução do roubo, uma vez que é irrelevante, para a caracterização daquele delito, o motivo inicial da conduta criminosa.⁶⁵

Em acepção diversa, há entendimentos doutrinários – porventura mais acertados – no sentido de que a violência deve ser empregada para subtrair o bem, assegurar sua posse ou ainda garantir a impunidade do crime, restando descaracterizado o crime de latrocínio quando a violência tiver outra finalidade, uma vez que não se verifica o nexo de causalidade entre a violência empregada, a subtração e o resultado de morte.⁶⁶

O entendimento dos tribunais é pacífico a propósito da tipificação da *tentativa de latrocínio* quando *a subtração e o homicídio permanecem na forma tentada*, independentemente da natureza das lesões sofridas pela vítima, bastando apenas a comprovação do *animus necandi* na conduta do agente. Nos termos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

(...) para caracterizar o crime de tentativa de latrocínio, não é necessário aferir a gravidade das lesões experimentadas pela vítima, bastando a comprovação de que, no decorrer do roubo, o agente atentou contra a sua vida com o claro desígnio de matá-la.⁶⁷

Nas hipóteses em que se verifique a *consumação da subtração*, mas o *homicídio permaneça na forma tentada*, identificam-se dois entendimentos divergentes quanto à correta adequação típica da conduta: *a)* tentativa de homicídio qualificado pela finalidade em concurso material com o crime de roubo; *b)* tentativa de latrocínio.

O Supremo Tribunal Federal entende que as hipóteses nas quais se verifique a consumação do roubo, mas da violência praticada resulte apenas lesão corporal, a adequação típica da conduta deve considerar a finalidade do agente. Ausente o *animus necandi* na violência praticada, incide o tipo penal do *roubo agravado*

65. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (II Grupo de Câmaras Criminais). Revisão Criminal 0289219-3, da Vara Criminal da Comarca de Peabiru, PR, rel. Des. Rogerio Coelho, 25.05.2006.

66. FILHO, Roberval Rocha Ferreira; VIEIRA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes. *Súmulas...*, cit., p. 278.

67. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso Especial 1.026.237 – SP (2008/0020770-8), do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, rel. Min. Laurita Vaz, 28.06.2011 (*DJe* 01.08.2011).

pelo resultado de lesões corporais graves; não obstante, se a intenção do agente era causar a morte da vítima, cabível a adequação típica de conduta como *tentativa de homicídio qualificado pela finalidade em concurso material com o crime de roubo*, uma vez que há que se falar em latrocínio quando a subtração dos bens da vítima se realiza, mas o homicídio não resta consumado.⁶⁸ O entendimento jurisprudencial em epígrafe fundamenta-se no argumento de que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê o latrocínio como um crime autônomo, sendo inadmissível a figura da tentativa quando a subtração restar consumada. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assevera que, com efeito, a circunstância do § 3º, parte final, do artigo 157 do Código penal encerra a qualificadora do resultado morte para o delito de roubo, e não tipo autônomo, o que afasta a possibilidade de caracterização do latrocínio tentado quando restar consumada a subtração. Há que se observar aqui o princípio constitucional de que não há crime sem lei anterior que o defina ou pena sem prévia cominação legal.⁶⁹

Em sentido diverso, o Superior Tribunal de Justiça reconhece que, uma vez comprovado o *animus necandi*, é plenamente possível a ocorrência de latrocínio em sua forma tentada, mesmo que não se obtenha o resultado morte ou, sequer, lesão corporal, sendo suficiente a comprovação de que o agente tinha a intenção de matar para subtrair coisa móvel de outrem e de que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade.⁷⁰ Conforme entendimento desse tribunal:

68. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas Corpus* 91585/RJ, Brasília, DF, rel. Min. Cezar Peluso, 16.09.2008 (DJe, p. 241, 18.12.2008). A esse propósito, veja-se também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 520 (15 a 19 de setembro de 2008). Oportuno consignar que é possível ainda identificar divergência jurisprudencial dentro desse Pretório Excelso. Mencione-se, a título de exemplo, o entendimento proferido pelo Ministro Luiz Fux, o qual preconiza que a tipificação teórica do fato em análise como latrocínio tentado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Habeas Corpus* 113049/SC, Brasília, DF, rel. Min. Luiz Fux, 13.08.2013 (DJe, p. 177, 09.09.2013).

69. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (3ª Câmara Criminal). Apelação 1.0024.12.119759-4/001, da Comarca de Belo Horizonte, MG, rel. Des. Paulo César Dias, 10.09.2013.

70. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). AgRg no *Habeas Corpus* 186.575 – SP (2010/0180910-6), Brasília, DF, rel. Min. Nilson Naves, 14.12.2006 (DJe, p. 04.08.2008); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Habeas Corpus* 80.491 – RJ (2007/0074544-3), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 23.09.2008 (DJe 03.11.2008); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Habeas Corpus* 133.289 – SP (2009/0065157-5), do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, rel. Min. OG Fernandes,

(...) em se cuidando de crime complexo o roubo qualificado pelo resultado morte, é de se afirmar a sua forma tentada quando o crime-meio e o crime-fim não ultrapassam os limites da tentativa, precisamente porque no delito não se reúnem todos os elementos da sua definição legal.⁷¹

Uma última hipótese de verificação tem lugar quando a *subtração permanecer na forma tentada, mas o homicídio restar consumado*. A complexidade dessa situação fática suscita controvérsias acerca da adequação típica dos fatos e acaba por fomentar uma manifesta contrariedade de opiniões na doutrina e nos tribunais brasileiros, identificando-se quatro correntes distintas, a saber: *a)* latrocínio consumado; *b)* tentativa de latrocínio; *c)* homicídio qualificado consumado em concurso com tentativa de roubo; *d)* apenas homicídio qualificado.

Na hipótese em epígrafe, o entendimento jurisprudencial majoritário se perfaz no sentido de que há *consumação do latrocínio*, com fundamento na premissa de que a vida humana se encontra acima de interesses patrimoniais e, portanto, se faz mais justa a punição do agente por latrocínio consumado quando restar verificado apenas o homicídio.⁷² Essa posição é também preconizada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 610, a qual dispõe que “há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração dos bens da vítima”⁷³.

Conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de *Habeas Corpus*:

(...) admitir-se, na hipótese em exame, a tentativa de latrocínio seria permitir a punição do homicídio cometido por um dos mais torpes motivos, o roubo,

15.12.2009 (DJe 22.02.2010); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Habeas Corpus* 186.575 – SP (2010/0180910-6), do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, rel. Min. Laurita Vaz, 27.08.2013 (DJe 04.09.2013); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). AgRg no Recurso Especial 1.354.004 – MG (2012/0242365-2), Brasília, DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 11.03.2014 (DJe 28.03.2014).

71. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Habeas Corpus* 29.218 – SP (2003/0120394-1), da Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, Brasília, DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 19.04.2005 (DJ 06.02.2006).

72. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3º Grupo de Direito Criminal). Revisão Criminal 0182788-65.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, SP, Voto 24.173, rel. Pinheiro Franco, 27.03.2014.

73. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 610. Data de aprovação: Sessão Plenária 17.10.1984. Referência Legislativa: Código Penal de 1940, art. 157, § 3º.

com a atenuação da tentativa, de modo que a pena verificar-se-ia muito inferior às penas cominadas ao homicídio qualificado, desrespeitando a intencionalidade do legislador. Por outro lado, a desclassificação desse fato para homicídio qualificado, acabaria por desconsiderar a finalidade primária do crime e levar um verdadeiro latrocínio para o âmbito de competência do Tribunal do Júri.⁷⁴

A despeito da Súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal e da reiterada jurisprudência do Pretório Excelso, diversos são os doutrinadores e juristas que optam pela adequação típica do fato em análise como *latrocínio tentado*. Os principais argumentos apresentados nesse sentido denotam que o tipo penal descrito no artigo 157 está inserido no capítulo referente aos crimes contra o patrimônio, de modo que seria inviável a punição pelo crime consumado quando não se verificar lesão ao patrimônio da vítima; ademais, o entendimento proferido pelo STF afronta o princípio da isonomia, uma vez que iguala as situações nas quais há consumação da subtração àquelas em que o agente não logra a locupletação do patrimônio alheio. Argumenta-se, ainda, que a tipificação teórica desse fato como latrocínio consumado deixa de compreender o resultado como agravante da pena, considerando-o a verdadeira fundamentação dessa e, além disso, considerando-se a unidade do tipo, como crime complexo, faz-se irrefutável a presença de todas figuras típicas que o compõem para sua consumação.⁷⁵

Verificam-se ainda entendimentos no sentido de que a hipótese em epígrafe configura um *homicídio qualificado consumado em concurso material com a tentativa de roubo* ou apenas *homicídio qualificado* por ter sido praticado para assegurar a execução de outro crime.⁷⁶ A esse propósito, a lição de Hungria:

(...) nos crimes complexos, salvo disposição legal em contrário, se um dos crimes-membros deixa de consumir-se, fica prejudicada a consumação do todo unitário, e também não se pode ter a simples tentativa deste quando um dos crimes-membros se consumou.⁷⁷

74. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus* 57586-2/SP, Brasília, DF, rel. Min. Décio Miranda, 12.02.1980. Lex: RT 541/448.

75. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (7ª Câmara de Direito Criminal). Apelação 0006970-76.1994.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, SP, Voto 3089, rel. Amable Lopez Soto, 29.05.2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3ª Câmara de Direito Criminal). Apelação 3475/77, rel. Cláudio Vianna de Lima, 03.04.1978. Lex: RT 515/448.

76. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3..., cit., p. 124.

77. HUNGRIA, Nelson. In: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3ª Câmara de Direito Criminal). Apelação Criminal 62.043, rel. Wellington Pimentel, 07.08.1975. Lex: RT 503/415.

Expostos os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca das hipóteses de verificação do latrocínio, oportuno tecer algumas críticas e considerações a respeito da conformação desses com os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade das penas, os quais, entre os diversos princípios constitucionais relevantes no âmbito do direito penal,⁷⁸ são os que mais guardam uma relação contenciosa com a figura dogmática dos crimes agravados pelo resultado.

Visto que o princípio da culpabilidade já foi abordado no primeiro tópico deste estudo, cabível discorrer, ainda que brevemente, sobre o princípio da proporcionalidade – implícito no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal –, o qual proíbe a cominação ou imposição de penas que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Referido princípio desdobra-se em uma dimensão *abstrata* e uma dimensão *concreta*. A proporcionalidade abstrata dirige-se ao legislador e tem como escopo delimitar a cominação de penas conforme a natureza e extensão do dano social produzido pelo crime; a proporcionalidade concreta, por sua vez, dirige-se ao juiz, determinando que a pena efetivamente cominada ao autor deve ser proporcional ao crime praticado.⁷⁹

Sobre isso, cabível a transcrição das lições de Listz, o qual preleciona que, na cominação da pena, “sempre há dois pontos de vista: um objetivo, proveniente da gravidade da lesão dos bens jurídicos, outro subjetivo, correspondente à direção que a vontade do infrator segue”⁸⁰. O entendimento conferido pela doutrina e pelos tribunais ao crime de latrocínio evidencia a prevalência do aspecto objetivo da pena sobre o subjetivo, ou seja, destaca o *desvalor do resultado* em detrimento do *desvalor da ação*, o que oportuniza uma desproporção entre a conduta do agente e a pena a este cominada, em desrespeito aos princípios supramencionados.

O posicionamento jurisprudencial no sentido de que há tentativa de latrocínio quando o homicídio consuma-se, mas a subtração permanece na forma tentada observa a doutrina do crime complexo⁸¹, mas pretere o princípio da

78. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*, cit., p. 19. Os princípios constitucionais mais relevantes para o direito penal são – sem prejuízo de entendimentos diversos ou mais amplos – o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade e o princípio da responsabilidade penal pessoal.

79. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*, cit., p. 28.

80. LISZT, Franz Von. *A ideia do fim no direito penal*. São Paulo: Rideel, 2005. p. 49-50.

81. A doutrina do crime complexo preleciona que o tipo penal complexo consuma-se apenas quando os dois tipos fundamentais que o compõem restam consumados.

proporcionalidade das penas, uma vez que a pena da tentativa de latrocínio – 6 anos e 8 meses a 20 anos – mostra-se incompatível com a lesividade da conduta e com a perda de uma vida.⁸² Não obstante, o entendimento agasalhado pela Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal tampouco mostra-se mais adequado, uma vez que comina a pena do latrocínio consumado – 20 a 30 anos – para todas as hipóteses nas quais verifique-se a morte, com ou sem a locupletação dos bens, o que notoriamente viola o princípio da proporcionalidade da pena.⁸³

Mencione-se, ainda, que o tratamento legislativo congênere de magnitudes de culpabilidade tão distintas, cominando a mesma pena abstrata – com a gravidade que lhe é atribuída (20 a 30 anos de reclusão) – para o latrocínio no qual o resultado de morte seja decorrente de dolo ou culpa do agente, não guarda proporção com o conteúdo da culpabilidade de fato e, por conseguinte, viola o princípio da proporcionalidade em sua dimensão abstrata, constituindo uma afronta ao bom senso, à sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e aos princípios constitucionais que o fundamentam.⁸⁴ Consoante preleciona Bitencourt:

(...) uma coisa é matar para roubar ou para assegurar a impunidade ou o produto do crime; outra, muito diferente, é provocar esses mesmos resultados involuntariamente. As consequências, num plano de razoabilidade, jamais poderão ser as mesmas, como está acontecendo com esse dispositivo.⁸⁵

Por fim, faz-se oportuno trazer à baila sucintas considerações acerca da pluralidade e diversidade de vítimas no crime de latrocínio. Quando da violência empregada no crime de roubo resultar a morte de outra pessoa, não necessariamente da vítima do crime patrimonial, desde que reste garantido o liame

Assim, o entendimento supramencionado mostra-se conforme tal doutrina, uma vez que o homicídio se consumou, mas a subtração permaneceu na forma tentada.

82. Senão vejamos: Considere-se, por exemplo, que a pena cominada ao homicídio qualificado é de 12 a 30 anos, enquanto a pena para o latrocínio tentado – ainda que a morte da vítima tenha se consumado – é de 6 anos e 8 meses a 20 anos. Ou seja, aplicar-se-á ao agente de um crime hediondo uma pena mais baixa que aquela cominada ao homicídio em razão da não consumação da subtração dos bens, o que se mostra em desacordo com o princípio da proporcionalidade das penas.

83. CAROLLO, João Carlos. *Os crimes de furto, roubo e o latrocínio*: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

84. Cf. ensinamentos extraídos de ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general..., cit., p. 331.

85. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3..., cit., p. 122.

causal entre a violência e o resultado de morte, a pluralidade e a diversidade de vítimas não alteram a tipificação penal, restando configurado um único latrocínio, sem concurso formal. O eventual número de vítimas representa a maior ou menor gravidade das consequências, cuja valoração deve ter lugar quando houver dosimetria da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal.⁸⁶ Corroborando com esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná pronunciou-se no sentido de que “é irrelevante para a caracterização do latrocínio que a vítima morta pelo agente não tenha sido aquela que teve bens de sua propriedade subtraídos”⁸⁷.

Em sentido diverso, vê-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que:

(...) só é possível a consunção do crime de roubo pelo latrocínio (infração mais grave) quando as ações criminosas (subtração do patrimônio e lesão à vida) forem praticadas contra uma mesma vítima. Não havendo homogeneidade de execução na prática dos delitos de roubo e latrocínio, inviável falar-se em crime único quando a ação delituosa atinge bens jurídicos distintos de diferentes vítimas, devendo incidir, à hipótese, a regra do concurso material.⁸⁸

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução dogmática dos crimes preterintencionais e dos crimes agravados pelo resultado revela que o fundamento do agravamento da pena contido nesses tipos penais reside na associação íntima entre o resultado mais grave e o risco criado pela conduta dolosa do agente e, precisamente por essa ideia de criação de riscos particularmente perigosos, se faz imperiosa uma censura suplementar.

Não obstante, tendo em vista que a figura dogmática dos crimes agravados pelo resultado não exige que o resultado mais grave seja necessariamente culposos ou configure em si mesmo uma ofensa criminal, o fundamento retromencionado mostra-se questionável nas hipóteses em que tal resultado constitua

86. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3..., cit., p. 122 e 126.

87. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (4ª Câmara Criminal). Apelação 570.753-7, da 4ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, PR, rel. Des. Miguel Pessoa, 08.10.2009 (DJ p. 254).

88. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas Corpus* 115580/PR, Brasília, DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 05.11.2013 (DJ 229, 20.11.2013).

um crime autônomo, fazendo-se necessária uma justificação particular do agravamento da pena, a qual reside, sobretudo, na conveniência e imprescindibilidade de avaliar integral e globalmente a ilicitude da conduta do agente, de modo que a figura típica do crime agravado pelo resultado da fusão de dois crimes dolosos deve ser interpretada como uma figura una – e não como uma trivial adição de dois tipos penais –, cuja pena cominada é agravada em razão da periculosidade que lhe é inerente.

No que tange especificamente ao crime de roubo agravado pelo resultado de morte, depreende-se que, no ordenamento jurídico português, essa figura típica compreende apenas as hipóteses de preterintencionalidade. Havendo dolo em ambas as condutas, aplicar-se-á as regras do concurso real de crimes entre o homicídio qualificado e o roubo ou furto, conforme as circunstâncias fáticas do caso. No âmbito do direito brasileiro, conforme anteriormente referido, o latrocínio foi introduzido como um crime preterintencional, mas, em razão da elevada pena que lhe foi cominada, a doutrina e a jurisprudência acabaram por conferir uma nova compreensão a esse tipo penal, no sentido de que o resultado mais grave pode ser decorrente de dolo ou culpa, não havendo que se falar em concurso de crimes quando se verificar unidade de ação entre a violência praticada no roubo e o homicídio.

Cabível ressaltar, desde já, que o entendimento no sentido de que a culpa configura apenas o limite mínimo da imputação do resultado mais grave não se revela equivocado. Conquanto, no específico caso do crime de roubo agravado pelo resultado de morte, o tratamento análogo de graus de culpabilidade tão distintos constitui um erro crasso do legislador e uma ofensa aos princípios constitucionais que fundamentam e sistematizam o ordenamento jurídico brasileiro.

Essa problemática torna-se mais evidente, sobretudo, na hipótese em que o homicídio reste consumado, mas a subtração permaneça na forma tentada. No que tange ao direito português, o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário se perfaz no sentido de que há tentativa de roubo agravado pelo resultado morte quando da violência empregada para a subtração da coisa resulte o homicídio culposo, mas a subtração dos bens não se consume por circunstâncias alheias à vontade do agente. No âmbito do direito brasileiro, verifica-se uma manifesta contrariedade de opiniões, sendo certo que a corrente majoritária – agasalhada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 61 – apreende que há consumação do latrocínio quando o homicídio restar consumado, independentemente da consumação do crime patrimonial.

Nesses termos, é cabível a crítica de que o entendimento proferido pelo Pretório Excelso encerra uma desproporção entre a pena cominada e a

culpabilidade do agente, bem como uma inobservância do sentido social do latrocínio, sobretudo na hipótese em que o agente visa apenas à subtração do patrimônio, que não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade, mas da violência empregada no crime de roubo resulta um homicídio culposo, aplicando-se a esse a pena do latrocínio consumado, cujo limite mínimo é de 20 anos de reclusão.

Referido entendimento suscita ainda reservas acerca da natureza jurídica do latrocínio. Embora a doutrina e a jurisprudência sejam coincidentes no sentido de que o bem jurídico tutelado prevalecente no crime de latrocínio seja a vida, e não o patrimônio, o tipo penal em análise resta tipificado como um crime contra o patrimônio, de modo que se mostra desarrazoada a concepção de que há latrocínio consumado quando se verifique a morte da vítima, mas a subtração permaneça na forma tentada.

Mencione-se, ainda, que o posicionamento jurisprudencial dos tribunais brasileiros quanto à adequação típica dos fatos como latrocínio quando a morte seja causada depois da apropriação mostra-se também desarrazoado, uma vez que a motivação inicial da conduta criminosa acaba por revelar-se irrelevante para a caracterização do delito. Em sentido diverso – e porventura mais adequado –, os tribunais portugueses agasalham que a morte deve resultar da violência empreendida para a subtração dos bens, de modo que, se o homicídio for cometido para preparar, facilitar ou encobrir o crime patrimonial, verificar-se-á o concurso efetivo de crimes, uma vez que não aferida a unidade de ação.

Diante do exposto, parece razoável afirmar que o tratamento jurídico conferido pela doutrina e legislação portuguesas ao crime de roubo agravado pelo resultado de morte se mostra mais consentâneo do que o proposto no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que uma análise de ambos os ordenamentos logra oferecer contribuições para uma compreensão mais adequada desse tipo penal complexo no âmbito da legislação brasileira.

Por fim, assinale-se que as diversas críticas formuladas em relação à abordagem conferida pelos tribunais brasileiros ao crime de latrocínio têm suas raízes no próprio tipo penal em análise, visto que a previsão legal de um crime agravado pelo resultado que abarca hipóteses de preterintencionalidade e tipicidade plural dolosa, ao qual é cominada uma pena especialmente elevada, oportuniza o advento de arbítrios e julgamentos que preterem os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade das penas, além de outros princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. Isso posto, depreende-se que se faz imprescindível uma reavaliação do sentido social do latrocínio no Brasil, a fim de formular uma compreensão mais ampla e consensual acerca da natureza jurídica desse tipo penal.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAEIRO, Pedro. Preleções magistradas pelo Prof. Doutor Pedro Caeiro no curso de Direito Penal no Mestrado Científico em Direito na Universidade de Coimbra. 16.03.2016. Gravação e reprodução autorizadas pelo autor.
- CAEIRO, Pedro; SANTOS, Cláudia. Negligência inconsciente e pluralidade de eventos: tipo-de-ilícito negligente – unidade criminosa e concurso de crimes – princípio da culpa. Acórdão da Relação de Coimbra de 6 de Abril de 1995. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, 1996.
- CAROLLO, João Carlos. *Os crimes de furto, roubo e o latrocínio*: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2010.
- CORREIA, Eduardo. *Código Penal*. Projecto da Parte Geral. Separata do Boletim do Ministério da Justiça n. 127, Lisboa, 1963.
- CUNHA, Conceição Ferreira da. Artigo 210º (Roubo). In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Ed.). *Comentário conimbricense do Código Penal*: parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. II. Artigos 202º a 307º.
- CUNHA, J. Damião da. Tentativa e comparticipação nos crimes preterintencionais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, 1992.
- DELMANTO, Celso (et al.). *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais*. Trabalho apresentado para exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1961.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Crime preterintencional, causalidade adequada e questão de facto. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano 17, 1970.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. (Questões fundamentais; a doutrina geral do crime, t. I).
- FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes. *Súmulas do Supremo Tribunal Federal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- LANG, Raphael Lourenço; BARROS FILHO, Fernando do Rego. O latrocínio no rol dos crimes hediondos: constitucional ou inconstitucional? *JICEX – Revista da Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba*, v. 3, n. 3, 2014.
- LISZT, Franz Von. *A ideia do fim no direito penal*. São Paulo: Rideel, 2005. p. 49-50.
- MONIZ, Helena. *Agravação pelo resultado?* Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Comentarios al Código Penal*. Reforma LO 5/2010. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, t. I).
- SANTOS, José Beleza dos. *Lições sobre a culpa*: apontamentos de direito criminal coligidos de harmonia com as preleções magistradas do Exmo. Prof. Doutor Beleza dos Santos ao curso do 5º ano jurídico de 1940/1941, por A. Morais e Castro, Fernando de Seabra. Coimbra, 1941.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOMILLO, Manuel Gómez (Dir.). *Comentários al código penal*. Valladolid: Lex Nova, 2011.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1965.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Observações sobre o crime de roubo, de Hugo Nigro Mazzilli – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 5/855-867 (DTR\2012\1611).

O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

THE CONSTITUTIONAL FOUNDATION OF HARM PRINCIPLE IN BRAZILIAN LAW

GALVÃO RABELO

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016).
galvaorabelo@yahoo.com.br

TÚLIO VIANNA

Pós-Doutor pela Università di Bologna, Itália (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2006). Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), onde é membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito.
tuliovianna@gmail.com

Recebido em: 20.03.2016

Aprovado em: 05.09.2016

Última versão dos autores: 20.09.2016

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O princípio da lesividade é uma garantia fundamental em qualquer modelo garantista de direito penal. Para bem desempenhar sua tarefa de impor limites ao poder de criminalização estatal e, especialmente, à atividade de criminalização primária do legislador penal, é necessário que o princípio da lesividade esteja situado no nível hierárquico mais elevado do ordenamento jurídico brasileiro. O artigo que agora se apresenta objetiva, portanto, refletir, de forma mais detida, sobre o fundamento constitucional da garantia da lesividade no direito brasileiro. Após problematizar o argumento em ascensão de que o princípio da lesividade estaria fundado no princípio constitucional da privacidade (art. 5º, inciso X, CF), concluiu-se que a base constitucional mais apropriada para a garantia da lesividade

ABSTRACT: The harm principle is a fundamental warranty in any model based on warranty of the criminal law. In order to carry out correctly its task of imposing limits to the power of state criminalization, specifically to the activity of the criminal legislator, the harm principle must be situated at the highest hierarchical level of the Brazilian legal system. Therefore, this article aims to reflect, in a more secluded way, on the constitutional foundation of the guarantee of lesivity (harm principle) in Brazilian law. After questioning the argument that the harm principle would be based on the constitutional principle of the privacy (art. 5º, subsection X, CF), it was concluded that the most appropriate constitutional basis for harm principle is the protection that the Constitution exempts to the private autonomy,

é a tutela que a Constituição dispensa à autonomia privada, em sua dimensão existencial (art. 5º, *caput*, interpretado à luz do art. 1º, inciso III, ambos da CF).

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da lesividade – Fundamento constitucional – Princípio da privacidade – Direito de liberdade – Autonomia privada.

in its existential dimension (article 5, *caput*, interpreted in light of article 1, item III, both of the CF).

KEYWORDS: Harm principle – Constitutional basis – Right to privacy – Right to liberty – Private autonomy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O significado do princípio da lesividade. 2.1. O que se deve entender por "garantia da lesividade"? 2.2. Quais grupos de casos a garantia da lesividade retira da esfera de decisão do legislador penal? 3. O conceito de privacidade. 3.1. O surgimento do direito à privacidade e o delineamento de seu sentido. 3.2. A alteração do conceito de privacidade no direito norte-americano. 4. A liberdade como fundamento constitucional adequado do princípio da lesividade no direito penal brasileiro. 4.1. A relação entre a proteção constitucional à privacidade e a garantia da lesividade. 4.2. O assento constitucional do princípio da lesividade. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em julho de 2009, Francisco Benedito de Souza estava custodiado no Centro de Detenção Provisória de Diadema (SP) quando foi flagrado com cerca de três gramas de maconha, durante uma inspeção de rotina em sua cela (FERRAZ, 2015).

Pelo porte da substância, Francisco foi condenado pelo Juizado Especial Criminal à pena de dois meses de prestação de serviços à comunidade, nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). Depois de improvido o seu recurso de apelação, o sentenciado levou a questão ao Supremo Tribunal Federal (STF), onde o feito aguarda a conclusão do julgamento¹.

No recurso à suprema corte, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo questionou a validade do tipo penal previsto no art. 28 da referida lei, sob o

-
1. Trata-se do RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2011). O julgamento do caso iniciou-se em 19 de agosto de 2015 com um prognóstico muito favorável ao recorrente (do reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo penal impugnado). Em seu voto, o Min. relator julgou procedente o recurso, no que foi acompanhado, parcialmente, pelo voto-vista do Min. Edson Fachin e, integralmente, pelo voto do Min. Roberto Barroso. Em seguida, o julgamento foi interrompido por pedido de vista do Min. Teori Zavascki, falecido em 19 de janeiro de 2017. Até o fechamento deste artigo, em março de 2017, o julgamento ainda não havia sido concluído.

argumento de que o conteúdo do dispositivo legal não se conforma à Constituição Federal de 1988, devendo, portanto, ser declarada a atipicidade da conduta do recorrente.

Em suas razões recursais, a Defensoria sustentou que:

(...) o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. (...) Esse direito constitucional tem reflexo no direito penal, especialmente quando exige que uma determinada conduta, para ser considerada criminosa, lesione bens jurídicos alheios. Permanecendo a conduta na própria esfera do autor do fato, não há que se falar de alteridade e lesividade. Uma incriminação, nesta hipótese, viola, diretamente, a Constituição Federal (BRASIL, 2011, grifamos)².

Ainda segundo a Defensoria, a Constituição é violada no caso discutido nos autos porque “à conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tido pelo legislador ordinário como criminoso retrata apenas o exercício legítimo da autonomia privada, resguardada constitucionalmente pelo direito à vida íntima. O porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada ‘saúde pública’ (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário” (BRASIL, 2011, grifamos)³.

Não se pretende discutir aqui a conclusão a que chega o recorrente em sua argumentação. O art. 28 da Lei de Drogas, de fato, não se coaduna com o princípio da lesividade, já que o comportamento nele descrito configura, no máximo, hipótese de autolesão. Também figura razoável a afirmação de que a garantia penal da lesividade possui assento constitucional, já que está em plena sintonia com o modelo garantista promovido pela Constituição brasileira de 1988. Apesar disso, a argumentação desenvolvida pela defesa de Francisco perante o STF chama a atenção para a necessidade de uma reflexão mais detida sobre a exata localização do princípio da lesividade no texto constitucional.

Não há no sistema constitucional brasileiro um dispositivo que verse, expressa e especificamente, sobre o princípio penal da lesividade. Por essa razão – e a par da ideia mais geral de que o princípio poderia ser extraído do conjunto de valores previsto na Constituição de 1988 –, a reflexão sobre o seu fundamento constitucional é ainda uma questão aberta. Erige-se, assim, a

2. Petição recursal, fls. 153-154.

3. Petição recursal, fls. 155-156.

seguinte questão: qual é a ancoragem constitucional do princípio jurídico-penal da lesividade, isto é, como a garantia penal da lesividade foi/está inserta no texto da Constituição brasileira de 1988?

Como se viu no caso relatado, a defesa do recorrente indicou a proteção constitucional da intimidade e da vida privada (art. 5º, inciso X, da CF) como fundamento do princípio da lesividade no direito penal brasileiro. Mas quando se considera apenas o sentido que tradicionalmente é atribuído à privacidade em nosso país – onde o conceito é pensado a partir de um certo controle sobre informações referentes a si mesmo –, tal interpretação, evidentemente, não se sustenta.

Por outro lado, a ampliação do conceito constitucional de privacidade, a fim de torná-lo capaz de fundamentar a garantia penal da lesividade, não parece ser apropriada, tendo em vista a necessidade de harmonização dos princípios constitucionais da privacidade e da liberdade (autonomia privada).

O presente artigo, fruto de pesquisa teórica e bibliográfica, tem como objetivo uma melhor compreensão da relação entre o princípio da lesividade, de um lado, e a proteção constitucional da autonomia privada, de outro, a fim de situar adequadamente a garantia da lesividade no texto constitucional brasileiro. No caminho, será preciso compreender também se existe alguma ligação entre a autonomia privada e o princípio da privacidade no direito constitucional pátrio.

Saber como a garantia da lesividade foi incorporada em nosso ordenamento constitucional é uma questão teórica fundamental, com importantes reflexos práticos. Isso porque, uma vez reconhecido o seu status de norma constitucional, o princípio da lesividade transforma-se em um critério jurídico fundamental para a determinação da validade das leis penais incriminadoras⁴, como ocorre, por exemplo, no caso mencionado.

A preocupação com o fundamento constitucional da garantia da lesividade se justifica, além disso, em razão de sua importância para as liberdades individuais contra intervenções penais arbitrárias. A preocupação com a questão aumenta quando se percebe que o princípio tem sido, reconhecidamente, um dos mais agredidos no direito penal contemporâneo⁵, sendo objeto constante

4. Como bem observa Ferrajoli, o princípio da lesividade funciona “como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas” (FERRAJOLI, 2014, p. 438).

5. É o que afirma Warley Belo, para quem o princípio da lesividade “é o princípio penal clássico mais atacado pelo atual *critério político-criminal da sociedade de riscos* (...)”

de deliberada desarticulação proveniente de diversos contextos doutrinários e de variadas iniciativas políticas.

A fim de responder à questão proposta, iniciar-se-á com uma reflexão sobre o significado do princípio penal da lesividade, com o escopo de verificar a amplitude de seu âmbito de aplicação. Em seguida, será preciso tratar, também, do conceito de privacidade no direito brasileiro, bem como refletir sobre o sentido que possibilita seu relacionamento com a garantia da lesividade, para avaliar a adequação desse sentido dentro do conjunto das liberdades constitucionais. Por fim, será possível tecer algumas considerações sobre a localização constitucional mais apropriada para o princípio penal da lesividade no direito brasileiro.

2. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Uma investigação sobre a localização constitucional do princípio da lesividade pressupõe algum esclarecimento prévio sobre o seu significado. A subseção seguinte procurará explicitar as propriedades normativas do princípio da lesividade, a fim de compreender o que ele exige juridicamente. Já a subseção 2.2 procurará determinar a referência da garantia da lesividade, isto é, as classes de comportamentos situadas sob sua tutela.

2.1. O que se deve entender por "garantia da lesividade"?

No modelo garantista de direito penal⁶, o princípio da lesividade ou da ofensividade está representado pelo axioma *nulla necessitas sine injuria*⁷ e indica que qualquer criminalização de comportamentos que não lesionam nem colocam em risco interesses jurídicos alheios (bens jurídicos) é juridicamente ilegítima.

(BELO, 2012, p. 192). Também Zaffaroni et al. observam que “tal princípio é quase sempre aceito em nível discursivo, mesmo que o próprio discurso o desvirtue ao abrir múltiplas possibilidades para racionalizar sua neutralização” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 226). Estes últimos autores também denunciam a tentativa atual de neutralização do conceito político-criminal de bem jurídico (ZAFFARONI et al., 2006, p. 228-230).

6. O modelo garantista de direito penal encontra suas origens na filosofia penal da ilustração e, mais recentemente, foi desenvolvido e sistematizado por Luigi Ferrajoli, em sua obra de 1989, *Direito e razão* (FERRAJOLI, 2014). Para Prieto Sanchís, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli “representa a mais fecunda projeção aos nossos dias da filosofia jurídica ilustrada” (SANCHÍS, 2007, p. 8).

7. O princípio está situado entre os dez axiomas fundamentais do garantismo penal (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Fruto da ilustração penal, a exigência de dano a interesse alheio como condição para a incriminação desenvolveu-se em duas tradições jurídicas distintas, que chegaram, entretanto, a resultados práticos muito semelhantes: a partir do século XIX, o princípio se liga, na Europa continental, à teoria (alemã) do bem jurídico e, nos países anglófonos, a garantia se desenvolveu por meio da doutrina do *harm principle*⁸.

Ponto comum entre as duas tradições é que o princípio funciona como *conditio sine qua non* para o exercício do poder de criminalização por parte das agências penais. O princípio da lesividade ligado à teoria do bem jurídico e a doutrina do *harm principle* situam-se, portanto, no horizonte de resposta à questão, essencialmente político-criminal, formulada por Feinberg: “que tipos de conduta o Estado pode legitimamente criminalizar?”⁹ (FEINBERG, 1985, p. ix).

Exatamente por isso a garantia da lesividade aparece naquele contexto de limitação do poder político que caracteriza a formação do Estado de Direito e está ligada a uma longa busca por um *conceito material de crime* apto a limitar a atuação do legislador penal (ROXIN, 1997, p. 51; DIAS, 2007, p. 106-104).

Aliás, o horizonte filosófico em que se desenvolveu o princípio da lesividade pode dizer muito a seu respeito. O processo de secularização que levou, durante a ilustração, à separação entre direito e moral, entre crime e pecado (FERRAJOLI, 2014, p. 426-429; QUEIROZ, 2002, p. 71), culminou com a compreensão de que só pode ser considerado crime o comportamento externo e lesivo, e não mais as experiências morais que ficavam, doravante, reservadas à consciência individual: “não mais enquanto pecado, mas como fato danoso à sociedade é que o crime assume lugar central no âmbito da nascente ordem penal dessacralizada” (D’AVILA, 2009, p. 60)¹⁰.

Há duas abordagens filosóficas que podem ilustrar bem a origem liberal e garantista do princípio da lesividade: a primeira, datada do século XVIII, é a distinção kantiana entre direito e moral; a segunda, é a premissa de John

8. Apontando para a proximidade da teoria do *harm principle* e da teoria do bem jurídico, Hirsch demonstra como o diálogo entre essas duas tradições pode ser profícuo para a resolução de diversas questões relevantes no interior da teoria do bem jurídico (HIRSCH, 2016, p. 33-48).

9. No original: What sorts of conduct may the state rightly make criminal?

10. Segundo Salo de Carvalho, se antes do processo de secularização a pessoa era punida em razão do que ela era, “o pensamento laicizado direciona os aparatos formais de controle social à punição da conduta do infrator que resultou em dano, exterior e perceptível, a um terceiro envolvido no conflito” (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 8).

Stuart Mill, no século XIX, de que o poder da maioria política encontra limites no respeito à liberdade individual.

A ideia de que o direito se impõe heteronomamente e a moral está relacionada à autonomia individual pode ser encontrada na distinção kantiana entre direito e moral. Assis Toledo já havia observado que, a partir do século XVIII, com Thomasius, Kant e outros contratualistas, “há um esforço sério para distinguir a moral do direito, de sorte que àquela ficasse reservado o foro íntimo e a este o foro externo” (TOLEDO, 1994, p. 9). Surge, portanto, da distinção entre direito e moral a ideia de que ao direito incumbe apenas a regulação heterônoma das ações humanas (TOLEDO, 1994, p. 9).

Como ensina Gomes, na filosofia kantiana, o agir moral requer uma adesão subjetiva ao dever, isto é, a motivação para o cumprimento do dever precisa ser o próprio dever. Trata-se, portanto, de uma dimensão em que prepondera a *interioridade* do indivíduo, o seu íntimo, de modo que não faz sentido falar em coação externa para obrigar a pessoa a respeitar o dever moral, pois se ele age externamente (se conformando ao dever) com o fim de evitar a sanção, sua ação já não é moral no sentido kantiano, por não estar moralmente motivada (GOMES, 2004, p. 128-147).

Por seu turno, continua Gomes, segundo Kant, o Direito preocupa-se com a *exterioridade* da ação, ou seja, com a adequação externa da conduta ao dever jurídico (independentemente da motivação para o agir), já que o seu objetivo é conciliar o exercício da liberdade de um com a liberdade do outro (GOMES, 2004, p. 128-147), isto é, tornar “possível o convívio das liberdades individuais de escolha (arbítrios)” (GOMES, 2004, p. 144). Disso decorre que ao Direito só interessam as *ações externas capazes de invadir a esfera de liberdade alheia*.

O desenvolvimento posterior da doutrina liberal da separação entre o direito e a moral possibilitou a demarcação de uma esfera do agir humano livre da interferência estatal e, portanto, propícia ao desenvolvimento da própria individualidade (das concepções individuais de vida boa). Aquilo que não resulta em lesão à liberdade alheia – incluindo aí os pensamentos, desejos, inclinações e as ações não lesivas – não pode ser objeto de intervenção penal. O direito deve ter por objeto apenas os comportamentos humanos externos e lesivos a terceiros, ficando a cargo de cada agente moral as tomadas de posição valorativas a respeito de sua própria existência.

Algum tempo depois, com John Stuart Mill, a quem se atribui a formulação da doutrina do *harm principle* (HIRSCH, 2016, p. 34-37), já é possível vislumbrar uma clara preocupação com a contenção do poder estatal, através da limitação daquilo que pode ser decidido politicamente, inclusive pela maioria.

Segundo ele, “nas especulações políticas, ‘a tirania da maioria’ já se encontra entre os males contra os quais a sociedade precisa manter-se em guarda”¹¹ (MILL, 2003, p. 76).

Mill já estava ciente de que os interesses do indivíduo e das minorias políticas e sociais precisam ser protegidos contra a opressão da maioria politicamente organizada. Isso fica claro em sua preocupação com a possibilidade perigosa de que uma maioria dominante venha a impor seus valores morais (e concepções de vida boa) a uma minoria desguarnecida – o que certamente seria possível em face de uma concepção puramente formal de democracia¹².

Em matéria de política criminal, a formulação do *harm principle* esboça um conceito material de crime, segundo o qual o legislador (maioria parlamentar) não está autorizado a intervir penalmente sobre ações moralmente desviadas, quando elas forem inócuas à liberdade alheia. Stuart Mill assim enunciou o princípio do dano (*harm principle*): “este princípio é que o único fim para o qual o gênero humano está autorizado, individual ou coletivamente, a intervir sobre a liberdade de ação de algum de seus pares é a autoproteção. Que o único propósito com vistas ao qual o poder pode ser exercido legitimamente sobre algum membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é impedir que ele produza danos a outras pessoas. O seu próprio bem, seja físico ou moral, não é fundamento suficiente”¹³ (MILL, 2003, p. 80, grifamos).

-
11. No original: In political speculations “the tyranny of the majority” is now generally included among the evils against which society requires to be on its guard. Em outro ponto do mesmo texto, Stuart Mill (2003, p. 75-76) esclarece que “a vontade do povo, além disso, significa praticamente a vontade da parcela mais numerosa e ativa do povo; a maioria ou aqueles que conseguiram se fazer aceitar como a maioria. O povo, em consequência, pode desejar oprimir uma parcela de seu número; e precauções fazem-se tão necessárias contra isso, quanto em relação a qualquer outro abuso de poder”. No original: the will of the people, moreover, practically means, the will of the most numerous or the most active part of the people; the majority, or those who succeed in making themselves accepted as the majority: the people, consequently, may desire to oppress a part of their number; and precautions are as much needed against this, as against any other abuse of power.
 12. O garantismo de Ferrajoli sustenta uma *concepção substancial de democracia*, que inclui não apenas a questão formal de quem pode decidir e de como fazê-lo (procedimento), mas que, sobretudo, delimita as matérias que podem e as que não podem ser objeto de deliberação e decisão, nem mesmo pela maioria política (FERRAJOLI, 2014, p. 791-799).
 13. No original: That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their

Nessa formulação de Stuart Mill, já se percebe que a autêntica finalidade do princípio do dano – como também a da garantia da lesividade – é a tutela jurídica da “liberdade de ação” individual contra intervenções penais arbitrárias. O princípio da lesividade relaciona-se, assim, com um espaço de individualidade, no qual a pessoa pode pensar, sentir e agir livremente (sem interferência estatal). Sem essa zona de autonomia privada, não se poderia falar legitimamente em respeito à pluralidade de ideias e crenças¹⁴. O exercício da liberdade individual só pode ser penalizado quando o comportamento ultrapassar os limites da autodeterminação da própria vida e importar lesão ou risco direto de lesão a bem jurídico penal – que é sempre alheio.

Atualmente, nos países de *Civil Law*, o princípio da lesividade comumente aparece atrelado ao conceito político-criminal de bem jurídico¹⁵, confundindo-se, inclusive, com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (ROXIN, 2006, p. 11-12). Por essa razão, uma compreensão adequada do princípio da lesividade requer uma incursão, ainda que breve, pela teoria do bem jurídico.

Antes, contudo, é preciso lembrar que o princípio da lesividade nem sempre esteve associado ao conceito de bem jurídico. Durante a ilustração, a garantia da lesividade estava formatada sobre a exigência de um dano social, ao

number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.

14. A relação entre o princípio da lesividade e a proteção jurídico-penal da pluralidade de concepções de vida boa foi assim destacada por Ferrajoli: “A fim de garantir o pluralismo moral e político, isto é, a convivência pacífica de vários pontos de vista morais, é necessário que a lei limite a punição unicamente aos comportamentos que em concreto sejam ofensivos em relação aos outros, garantindo, além disso, uma esfera intangível de liberdade” (FERRAJOLI, 2012, p. 109). Na tradução espanhola: En garantía del pluralismo moral y político; esto es, de la convivencia pacífica de varios puntos de vista morales, es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que en concreto sean ofensivos respecto a los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad.
15. Ao princípio da lesividade, vocacionado à limitação do poder estatal, só pode interessar aquilo que Luís Greco chamou de *conceito político-criminal* de bem jurídico, isto é, um conceito de bem jurídico capaz de estabelecer balizas obrigatórias para o processo de criminalização primária. O *conceito dogmático* de bem jurídico – segundo o qual qualquer dado protegido pela lei penal pode ser considerado bem jurídico – é inócuo para a limitação do poder de criminalização do legislador, por deixar totalmente à disposição do arbítrio legislativo aquilo que pode ou não ser objeto de proteção penal (GRECO, 2004, p. 92-93).

passo que os penalistas da escola clássica ligaram a ideia de crime à violação de um direito subjetivo de outrem¹⁶.

Feuerbach, em fórmula bem conhecida, definiu o crime, em seu sentido mais amplo, como a “ação contrária ao *direito do outro*, cominada em uma lei penal”¹⁷ (FEUERBACH, 2007, p. 55, grifamos). Além disso, segundo o autor, o comportamento delituoso pressupõe “a capacidade de ser exteriormente reconhecível, uma vez que só *uma ação externa pode lesionar um direito*”¹⁸ (FEUERBACH, 2007, p. 60).

Na verdade, o surgimento da ideia de bem jurídico, com Birnbaum, em meados do século XIX, pode ser compreendido como uma regressão em termos de secularização e da separação ilustrada entre direito e moral. Como salientou Regis Prado, o surgimento do conceito de bem jurídico é fruto da necessidade teórica de ampliação do âmbito de afetação do crime, para abarcar no modelo teórico penal os delitos religiosos e os crimes contra os costumes – ambos de base eminentemente moral (PRADO, 2003, p. 31-32)¹⁹. Essa tendência de ampliação do objeto jurídico do crime e a consequente perda do potencial crítico do conceito de bem jurídico permanecem, com maiores ou menores influxos, até a atualidade²⁰.

16. Em Beccaria, já encontramos a ideia de que a “verdadeira medida dos delitos é o dano causado à sociedade” (BECCARIA, 2015, p. 74). Já a concepção de crime como lesão a direito subjetivo surge, segundo Regis Prado, com a escola clássica e encontra-se em Feuerbach e Carrara (PRADO, 2003, p. 29-31).

17. Na tradução espanhola: una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal.

18. Na tradução espanhola: la capacidad de ser exteriormente reconocible, puesto que sólo una acción externa puede lesionar un derecho.

19. É o que destaca também Roxin: “Tampouco a teoria do bem jurídico, como o demonstrou já há décadas *Amelung*, foi desenvolvida com o objetivo de impor limites ao poder de punir do Estado. Com a crítica à teoria de *Feuerbach*, segundo a qual o delito era uma ‘lesão a direito subjetivo’, queria *Birnbaum* precisamente justificar a punibilidade dos delitos contra a religião e contra a moralidade” (ROXIN, 2016, p. 238-239). Ainda segundo Roxin, o conceito de bem jurídico só se tornou relevante como critério de contenção do poder punitivo estatal depois da Segunda Guerra Mundial (ROXIN, 2016, p. 239): “a verdadeira história dogmática do conceito de bem jurídico crítico à legislação começa, portanto, na época posterior à Segunda Guerra” (ROXIN, 2016, p. 239).

20. Ferrajoli fala da “parábola involutiva” do conceito de bem jurídico para se referir a essa tendência de retirar do conceito de bem jurídico o seu potencial liberal de imunização contra a arbitrariedade estatal (FERRAJOLI, 2014, p. 429-431). A manipulação

Após um período de ofuscação ou desaparecimento promovido pelos regimes totalitários durante a primeira metade do século XX, o conceito de bem jurídico foi retomado com intensidade no pós-guerra (BELO, 2012, p. 204; LUISI, 2003, p. 169). Na Alemanha, o conceito contribuiu especialmente para o debate sobre a reforma legislativa dos crimes sexuais, nas décadas de 1960 e 1970 (ROXIN, 2006, p. 12-14). E, embora tenha experimentado um certo sombreamento desde então, já é possível apontar para uma retomada da discussão nos últimos anos (ROXIN, 2006, p. 14; FRISCH, 2007, p. 310).

Hoje, conquanto não exista um consenso sobre o significado exato do termo “bem jurídico”²¹, por se tratar de constructo dificilmente apreensível por um conceito fechado, há importantes indicações sobre o que ele deve ser e, principalmente, sobre o que ele não pode ser. É correto falar, portanto, na existência de “um consenso relativamente largo sobre o seu *núcleo essencial*” (DIAS, 2007, p. 114).

Esse consenso abrange a concepção de que o conceito de bem jurídico deve fazer referência àquilo que há de mais relevante, isto é, àquilo que é fundamental para a realização individual e para a subsistência social (GRECO, 2004, p. 101-102). A fundamentabilidade do bem é assegurada por sua previsão e proteção constitucional. Um conceito político-criminal de bem jurídico capaz de limitar juridicamente o legislador penal precisa estar constitucionalmente previsto, razão pela qual a doutrina tem ancorado o conceito de bem jurídico à Constituição. Trata-se do que Luisi chamou de “processo de constitucionalização

semântica do conceito de bem jurídico (o aumento de abstração e de espiritualização de sua conotação), recurso utilizado historicamente por alguns regimes totalitários, pode chegar ao ponto de permitir que se inclua em seu cerne tudo o que se desejar. Isso não pode ser confundido, entretanto, com aquela ampliação conceitual provocada pelo aumento (legítimo) daquilo que pode ser referido como bem jurídico. A tendência expansionista do direito penal em nossa época, como bem diagnosticada por Silva Sanchez, tem, entre outras causas, o razoável reconhecimento de novos bens jurídicos merecedores de tutela penal, seja pela revalorização de interesses preexistentes, como é o caso do meio ambiente, seja pelo surgimento de novos interesses, como é caso da proteção de dados em sistemas informatizados (SANCHEZ, 2002, p. 27-28; VIANNA, 2003; VIANNA; MACHADO, 2013). Para uma notícia histórica da evolução dogmática do conceito de bem jurídico, ver Luiz Regis Prado e Sheila Jorge Selim de Sales (PRADO, 2003, p. 27-44; SALES, 2005, p. 114-127).

21. Esse tem sido, aliás, o fundamento para a crítica de que um conceito político-criminal de bem jurídico possui pouca fecundidade garantista. Por todos, ver Frisch, que considera o conceito de bem jurídico vago, amplo e relativo, com escassa capacidade para limitar a atuação do legislador penal (FRISCH, 2007, p. 311-315).

dos bens jurídicos penais”, segundo o qual “é nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções” (LUIZI, 2003, p. 172)²².

Nesse ponto, duas observações parecem importantes.

Em primeiro lugar, é preciso que o conceito de bem jurídico contenha algo mais específico ou mais bem delimitado do que aquilo que já se encontra plasmado na Constituição, sob pena de tornar-se desnecessário: se não houver uma maior especificidade conceitual, poderíamos falar simplesmente em proteção de valores constitucionais, em vez de falarmos em bens jurídicos. Como ressaltou Luís Greco, o conceito de bem jurídico precisa ser mais restrito do que o conjunto de valores constitucionais, de forma a justificar a severidade que é peculiar à resposta penal (GRECO, 2004, p. 100-101).

Em segundo lugar, da ideia de proteção de bens fundamentais previstos em sede constitucional não se pode passar à noção de mandado constitucional de criminalização. Ressalvados os casos em que a Constituição expressamente impõe a criminalização, como aqueles previstos nos incisos XLII a XLIV do art. 5º²³, não existe exigência constitucional genérica ou implícita de criminalização²⁴.

Zaffaroni et al. chegam a rejeitar a ideia de “tutela” ou de “proteção” de bens jurídicos, diante do compreensível receio de que essa ideia neutralize a concepção limitadora do princípio da lesividade, transformando-se em pretexto para intervenção penal do Estado (ZAFFARONI et al., 2006, p. 227), o que, para eles, seria o mesmo que “converter o cordeiro em lobo” (ZAFFARONI et al., 2005, p. 111). Sustentando que “a via da tutela é sempre a via da inquisição” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 227), os autores defendem a substituição

22. Um estudo mais completo dessa relação entre bem jurídico e Constituição pode ser encontrado no já citado trabalho de Luiz Regis Prado (PRADO, 2003).

23. O art. 5º da Constituição assim dispõe: “XLII – a prática do racismo constitui *crime* inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; 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; XLIV – constitui *crime* inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (BRASIL, 1988, grifamos).

24. Contra, defendendo a existência de uma *obrigação constitucional implícita de criminalizar* ao lado dos comandos de criminalização expressos na Constituição, ver Lenio Streck (STRECK, 2007).

da ideia de *bem protegido* pela de *bem afetado* como condição necessária para a criminalização²⁵.

Outros penalistas já haviam denunciado esse risco como algo inerente à dupla face da ideia de “tutela” de bens jurídicos: a passagem de um conceito limitador ou crítico de bem jurídico para um conceito legitimador e, sobretudo, protagonista da expansão do direito penal²⁶.

Não é, entretanto, necessário renunciar à ideia de tutela de bens jurídicos enquanto for possível acreditar que a norma penal – e, em geral, as normas jurídicas que regulam o comportamento humano – possui alguma eficácia em termos de prevenção geral e desde que não se ignore jamais que o direito penal tutela bens apenas de forma subsidiária e fragmentária (ROXIN, 1997, p. 64-67). O compromisso (constitucional) do Estado de Direito com relação à tutela de determinados bens não se traduz necessariamente no compromisso de tutelá-los *penalmente*, já que a intervenção penal é a *ultima ratio*. Desde que se enfatize que a proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal será sempre fragmentária (sem pretensão de totalidade) e somente ocorrerá diante da reconhecida ineficácia protetiva de outros mecanismos jurídicos e sociais, é possível manter a ideia de tutela sem pôr em risco a função crítica do conceito de bem jurídico.

Em síntese, o princípio da lesividade (ligado à doutrina do bem jurídico) pode ser compreendido como uma norma supraordinária que estabelece uma condição necessária (embora não suficiente) para aquilo que pode ser

25. Para os autores, a possibilidade de conversão da concepção liberal de bem jurídico em uma justificação para a expansão desarrazoada do direito penal constituiria uma razão suficiente para “repudiar a ideia de *bem jurídico tutelado*, que não passa de uma inversão extensiva racionalizante do *conceito limitador de bem jurídico afetado*, proveniente do racionalismo, e só resta manter este último como expressão dogmática do princípio da lesividade” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 228).

26. Em sua crítica à modernização do direito penal, Hassemer afirmou que “a proteção dos bens jurídicos no moderno Direito Penal torna-se de um critério negativo em um critério positivo de criminalização. O que para o Direito Penal clássico era formulado como uma crítica ao legislador, que não podia invocar a proteção de um bem jurídico, torna-se daqui em diante um desafio para ele colocar determinados modos de conduta sob uma pena. Com isto modifica-se, de modo sub-reptício, integralmente, o princípio da proteção dos bens jurídicos em sua função. (...) O princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se de uma proibição limitada de punição em uma ordem de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização” (HASSEMER, 2003, p. 148). Essa mesma crítica aparece também em outro texto do autor (HASSEMER, 1989, p. 277-279).

legitimamente designado pelo vocábulo “crime” no direito penal. Como elemento de um conceito material de crime, o princípio contribui para a predeterminação teórica do conteúdo possível das normas incriminadoras, ao fornecer as linhas gerais de um conceito pré-legal de crime capaz de vincular – e, portanto, de limitar – a atuação do legislador penal.

2.2. *Quais grupos de casos a garantia da lesividade retira da esfera de decisão do legislador penal?*

Com relação às classes de comportamentos protegidas pelo princípio da lesividade, isto é, aos tipos de comportamento que não podem ser validamente criminalizados à luz do princípio, há também um relativo acordo doutrinário.

Nilo Batista sustentou analiticamente que o princípio se volta para proibição de quatro grupos de incriminação: 1) criminalização de atitudes internas; 2) criminalização de comportamentos que não transcendam o âmbito do próprio autor; 3) criminalização de estados ou de condições existenciais; e 4) criminalização de condutas desviadas não lesivas a qualquer bem jurídico (BATISTA, 2007, p. 92-94)²⁷.

A partir de uma rápida análise das hipóteses, é possível perceber que a pretensão de incriminação mencionada nos itens 1 e 3, além de não se sustentar em face da exigência de lesividade, tampouco atende ao que determina o *princípio da materialidade da ação*.

De acordo com o princípio da materialidade (*nulla necessitas sine actione*), outro elemento importante de um conceito material de crime, só pode ser considerado delito aquilo que se materializa externamente em um comportamento específico, pontual e suscetível de descrição empírica. Ferrajoli descreve o princípio do seguinte modo: “nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer

27. A esquematização de Nilo Batista coincide substancialmente com a de Ferrajoli, que sustenta, como corolário do princípio da lesividade, a licitude “dos atos internos, daqueles contra si mesmo ou contra a religião e, em geral, dos comportamentos não lesivos, situados, todos eles, na esfera de liberdade de todos e de cada um”. Na tradução espanhola: De ello proviene la licitud de los actos internos, de aquellos contra sí mismo o contra la religión y, en general, de los comportamientos no lesivos, que entran todos en la esfera de libertad de todos y cada uno (FERRAJOLI, 2012, p. 109).

dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal” (FERRAJOLI, 2014, p. 440).

No item 1 acima (atitudes internas), não se chega a ultrapassar o âmbito da simples cogitação. O pensamento ou sentimento, portanto, não se materializa em uma ação externa passível de descrição empírica. Fica-se, portanto, no âmbito da inviolabilidade constitucional da consciência.

No caso do item 3, o problema é a criminalização de um “modo de ser” (de estados ou de condições existenciais), sem que se possa falar em uma ação externa *determinada*. A incriminação de modos de vida (direito penal do autor) é inaceitável em face do princípio da materialidade da ação, que fundamenta um modelo de direito penal do fato.

Os princípios da materialidade da ação e da lesividade surgem no mesmo contexto liberal, possuem os mesmos fundamentos filosóficos, mas, apesar de inevitavelmente implicados, são distinguíveis, segundo Ferrajoli, uma vez que o primeiro se refere à *ação* no conceito analítico de crime, enquanto o segundo faz referência ao *resultado* lesivo decorrente dessa ação (FERRAJOLI, 2014, p. 425)²⁸.

Essa distinção entre materialidade e lesividade nos permite tratar apenas das hipóteses previstas nos itens 2 e 4 do esquema de Nilo Batista, por serem as mais diretamente implicadas na ideia de lesividade.

De acordo com o item 2, o princípio da lesividade proíbe que o Estado criminalize comportamentos externos que não transcendam o âmbito do próprio autor. É nesse item que se situa o problema da *autolesão*: o princípio da lesividade proíbe que o legislador penal incrimine condutas caracterizadas como meras autolesões. O modelo liberal de direito penal, que se expressa na noção de lesividade, não admite o paternalismo forte em sede jurídico-penal e reconhece às pessoas adultas e capazes o direito ao próprio corpo.

Como bem acentuou Nilo Batista, o princípio da lesividade “transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito” e o bem jurídico, por seu turno, desponta como o “signo do outro sujeito” (BATISTA, 2007, p. 91)²⁹.

28. Deve-se observar que, na obra consultada, Nilo Batista não descreve o princípio da materialidade da ação como um princípio autônomo, parecendo tratar dele no âmbito da lesividade – como um pressuposto dela, já que somente uma ação externa pode produzir um resultado lesivo (BATISTA, 2007).

29. No mesmo sentido, o princípio da insignificância é visto por Zaffaroni et al. exatamente como um caso de “defecção da alteridade”, isto é, a insignificância da lesão

Não é tarefa do direito penal exigir que as pessoas façam o “bem” nem impedir que elas façam “mal” a si mesmas. O paternalismo jurídico, que, segundo Taffarelo, sofreu a crítica pioneira de Stuart Mill (TAFFARELO, 2015), não pode estar no horizonte jurídico-penal.

Em ensaio de 1859, Stuart Mill já expressava o que ainda hoje está muito longe de ser introjetado na cultura jurídico-penal: “uma pessoa não pode legitimamente ser forçada a agir ou impedida de agir porque vai ser melhor para ela, porque a fará mais feliz ou porque, na opinião dos outros, seria mais prudente ou mesmo correto fazê-lo. Essas são boas razões para discutir ou para argumentar com ela, para persuadi-la ou para lhe suplicar, mas não para forçá-la ou visitá-la com todo mal caso ela aja de outra forma. Para justificar essa coação, a conduta que se deseja impedir deve estar voltada para produzir mal a alguma outra pessoa. A única parcela do comportamento de qualquer um, em virtude da qual ele está submetido à sociedade, é aquela que diz respeito aos outros. Na parte que diz respeito apenas a si mesmo, sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”³⁰ (MILL, 2003, p. 80-81).

Um dos maiores estudiosos do tema no âmbito do *Common Law*, Joel Feinberg, sustentou que o princípio não liberal do paternalismo jurídico (*legal paternalism*) entende ser “sempre uma boa e relevante razão (...) para apoiar uma proibição criminal o fato de ela impedir danos (físicos, psicológicos ou econômicos) ao seu próprio autor”³¹ (FEINBERG, 1986, p. 4). Trata-se de “uma teoria ou princípio que reconhece a necessidade de impedir a autolesão como razão legitimante para uma legislação coercitiva”³² (FEINBERG, 1986, p. 8).

representa a perda da referência ao outro que é exigida pelo princípio da lesividade (ZAFFARONI et al., 2006, p. 228).

30. No original: He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him, must be calculated to produce evil to some one else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.
31. No original: It is always a good and relevant (...) reason in support of a criminal prohibition that it will prevent harm (physical, psychological, or economic) to the actor himself.
32. No original: Legal paternalism is the theory or principle that recognizes the need to prevent self-inflicted harm as a legitimizing reason for coercive legislation.

Esse princípio, do paternalismo forte (*hard paternalism*), é rejeitado pelo liberalismo e, em sede jurídico-penal, revela-se incompatível com o *harm to others principle* e com o princípio da lesividade amparado na teoria do bem jurídico³³. O paternalismo forte não reconhece à pessoa o direito ao próprio corpo, que deve ser considerado “o núcleo do direito à liberdade” (VIANNA, 2014, p. 1): “Estado democrático de direito – é sempre bom frisar – não se confunde com ditadura da maioria. As liberdades individuais só podem ser limitadas se – e somente se – o exercício de uma determinada autonomia provocar dano a outrem. Assim, pessoas, maiores e capazes, deveriam ser livres para dispor sobre seus próprios corpos desde que com suas ações não prejudicassem a ninguém” (VIANNA, 2014, p. 1).

É vedado, portanto, ao direito penal impedir, com seu instrumental (a sanção criminal), que pessoas livres e capazes exerçam a plenitude do seu direito ao próprio corpo e a demarcação dessa esfera de liberdade individual é uma decorrência direta do princípio liberal da lesividade.

Além da autolesão, o esquema supracitado (item 4) trata ainda das condutas moralmente desviadas e inócuas a terceiros. O princípio da lesividade destina-se especialmente a impedir a criminalização de condutas que não afetam bem jurídico mesmo quando elas discrepam fortemente da moral positiva dominante, pois, do contrário, não se poderia falar propriamente em pluralismo moral e político.

Como Mill já havia observado, “onde quer que exista uma classe dominante, uma larga porção da moralidade do país emanará de seus interesses de classe”³⁴ (MILL, 2003, p. 77). O direito penal, portanto, não pode ser um meio de que se vale um grupo politicamente dominante para impor seus próprios

33. Isso não significa, contudo, que não existam situações em que se pode considerar razoável a proteção estatal da pessoa “contra ela mesma”: há casos em que a intervenção destina-se, na verdade, a proteger a pessoa contra a interferência de fatores externos sobre a sua vontade. É possível que alguém aceite uma situação autolesiva em virtude de fatores que comprometem a sua liberdade de decisão (autonomia). Nesses casos, seria admissível o que Feinberg denominou paternalismo leve ou brando (*soft paternalism*) (FEINBERG, 1986, p. 12-16), o qual autoriza a proteção da pessoa contra “escolhas involuntárias” (*nonvoluntary choices*), que “não sendo uma escolha genuína de absolutamente ninguém, não é menos estranha para ela” (FEINBERG, 1986, p. 12). No original: being the genuine choices of no one at all, are no less foreign to him. Essa construção justifica, por exemplo, a proteção dos menores e das pessoas com desordem mental.

34. No original: wherever there is an ascendant class, a large portion of the morality of the country emanates from its class interests (...).

valores morais e religiosos ao restante da sociedade, uma vez que qualquer tentativa de “exercício de uma ortopedia moral” por parte do Estado revela-se incompatível “com o respeito à pluralidade” (VIANNA; MATTOS, 2008, p. 322). O exercício do poder de criminalização estatal ensejado por meros desvios morais em relação à cultura dominante é uma insuportável arbitrariedade: “não há nada de democrático na imposição pela maioria de normas de conteúdo exclusivamente moral a uma minoria” (VIANNA, 2014, p. 4).

O princípio da lesividade captura bem a *concepção substancial de democracia*, típica do Estado de Direito, como *locus* peculiar de desenvolvimento do pluralismo na sociedade contemporânea:

(...) há um princípio elementar de Direito Penal democrático que veda que crimes sejam criados para punir condutas meramente imorais. Em estados democráticos de direito o legislador não é livre para criminalizar qualquer ação, mas somente pode proibir condutas que lesam ou colocam em risco de lesão bens jurídicos alheios, tais como a vida, a saúde, a liberdade, o patrimônio e outros direitos fundamentais. Esta limitação ao poder do legislador, conhecida como princípio da lesividade, é uma importante garantia de que as minorias não serão submetidas à imposição dos valores morais e/ou religiosos de uma maioria intolerante. (VIANNA, 2014, p. 41)

A teoria do bem jurídico sempre enfatizou que os sentimentos morais – ainda que os da parcela majoritária da comunidade – não podem ser considerados bens jurídicos³⁵. Segundo Roxin, a ideia central da doutrina do bem jurídico é que “o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos” (ROXIN, 2006, p. 12). A garantia da lesividade aparece aqui, claramente, como guardião do respeito à pluralidade de concepções morais (fato do pluralismo) que caracteriza as sociedades contemporâneas.

Em síntese, a garantia da lesividade representa a exigência normativa de que as definições legais de crime descrevam a afetação (lesão ou risco de lesão) a um bem jurídico legítimo, bem como o requerimento de que, durante a verificação jurisdicional da hipótese acusatória, seja comprovada a afetação concreta do bem jurídico tutelado. O princípio funciona, portanto, como um escudo protetor da liberdade individual, garantindo, contra incursões penais,

35. Exemplos de criminalizações simultaneamente moralizantes e paternalistas – mas, em todo caso, sem referência a um bem jurídico legítimo – podem ser encontradas nas normas penais sobre comportamentos sexuais no Brasil. Alguns exemplos são mencionados em RABELO, 2010, p. 17.

uma esfera de autonomia privada, dentro da qual todos podem exercer livremente o direito ao próprio corpo, além de decidir e implementar seus próprios projetos existenciais.

3. O CONCEITO DE PRIVACIDADE

Na introdução deste artigo, fez-se menção a um caso emblemático submetido ao STF, no qual a defesa do sentenciado sustentou, em suas razões recursais, que a exigência de afetação a bem jurídico como condição para a criminalização seria uma decorrência da proteção constitucional à intimidade e à vida privada.

No direito brasileiro, a tutela da privacidade está positivada, como direito fundamental, no art. 5º, inciso X, do texto constitucional: “*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” (BRASIL, 1988, grifamos).

O direito à privacidade está previsto também em documentos internacionais sobre direitos humanos incorporados ao nosso direito interno, como o Pacto de São José da Costa Rica, que é aplicável com hierarquia supralegal em nosso país³⁶. Segundo o disposto no artigo 11, itens 2 e 3, da Convenção: “Ninguém pode ser objeto de *ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada*, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” e “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, grifamos).

A existência, entretanto, de uma relação entre a garantia da lesividade e a proteção da privacidade não é tão certa como fez parecer a defesa do recorrente naquele caso. De todo modo, qualquer discussão que pretenda abordar essa possível relação deve começar por um delineamento do conceito de *privacidade*. Para tanto, uma breve notícia histórica de seu aparecimento pode ser útil.

36. A Convenção Americana de Direitos Humanos foi promulgada no Brasil pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, reconheceu que o Pacto de São José da Costa Rica, embora não tenha *status* constitucional, possui *hierarquia supralegal*, com eficácia derogatória de todas as leis infraconstitucionais a ele contrárias (BRASIL, 2009). A proteção da privacidade no sistema regional de direitos humanos possui, assim, força normativa suficiente para limitar a atuação do legislador infraconstitucional em nosso país.

3.1. O surgimento do direito à privacidade e o delineamento de seu sentido

A preocupação com a tutela jurídica da privacidade é relativamente nova: a ideia de um “direito à privacidade”, como direito autônomo, só aparece, como se verá, na passagem do século XIX para o século XX. Não obstante, um antecedente mais remoto – e ainda bem pouco abrangente – da tutela da privacidade pode ser encontrado na cláusula de inviolabilidade do domicílio no *Common Law*.

No início do século XVII, as Cortes britânicas firmaram jurisprudência, com base na Magna Carta de 1215, no sentido de que o indivíduo tem o direito de não ser perturbado em sua residência, nem mesmo pelo poder estatal (VIANNA, 2007, p. 105-106). A proteção da privacidade, nesse momento, consistia em um simples reflexo da proteção que era dispensada pelo Estado à propriedade, vale dizer, ao reconhecer o direito à inviolabilidade domiciliar, na esteira do direito de propriedade, reconhecia-se, por conseguinte, “um direito a não ser monitorado, pelo menos nos limites da sua residência” (VIANNA, 2007, p. 105): “a tutela do direito de não ser monitorado permaneceu, assim, dependente do direito de propriedade e da garantia à inviolabilidade de domicílio até o final do século XIX, quando a popularização dos registros de monitorações por máquinas fotográficas e sua posterior publicação na imprensa acabou despertando os juristas para a necessidade de um direito autônomo, que protegesse as pessoas de uma exposição pública não desejada” (VIANNA, 2007, p. 106).

Portanto, foi somente quando o desenvolvimento tecnológico possibilitou a criação e a difusão de novos dispositivos de monitoração, registro e reconhecimento que se passou a refletir, especificamente, sobre a necessidade de proteger as pessoas contra aquelas invasões mais agressivas em sua vida privada, possibilitadas pelo uso do novo arsenal tecnológico.

Um marco do surgimento do “direito à privacidade” foi a publicação, em 1890, na Revista da Faculdade de Direito de Harvard, do célebre artigo *The right to privacy* dos juristas norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis (WARREN; BRANDEIS, 1890)³⁷. Nesse trabalho, os autores associam o direito à privacidade com a fórmula do “direito de estar só” (*the right to be left alone*)³⁸, isto é, o direito de manter certos fatos pessoais longe da visão do público (SANDEL, 1989, p. 525; POIRIER, 2012).

37. Nesse texto, os autores concebem, de forma pioneira, o “direito à privacidade” (*right to privacy*) como um direito autônomo em relação ao direito de propriedade (VIANNA, 2007, p. 107-109).

38. Costa Jr. trabalhou bem essa concepção de privacidade e fez referência direta ao texto de Warren e Brandeis como momento crucial da doutrina do direito de estar só

Esse sentido de privacidade é esclarecido por Rosane Wolff em dissertação destinada ao tema: “o entendimento do que seja Vida Privada, na atualidade, opõe-se à vida pública. Esta é a que se desenrola perante os olhos da comunidade. Assim é conhecida de muitos e pode ser conhecida de todos. *A vida privada, por sua vez, é a que se desenvolve fora das vistas da comunidade.* É a que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos” (WOLFF, 1991, p. 3, grifamos).

Quando se observa o contexto histórico-social de surgimento do texto de Warren e Brandeis, percebe-se claramente que a defesa da tutela jurídica da privacidade despontou como resposta a um problema social possibilitado pelo desenvolvimento tecnológico. O horizonte de aparecimento do célebre texto acadêmico está povoado pelos excessos praticados pela imprensa com o uso de novos dispositivos de registro de imagens. Pode-se afirmar, pois, que o uso abusivo da nova tecnologia por parte da imprensa impulsionou a reflexão sobre a privacidade e a argumentação no sentido de que sua tutela deveria ser viabilizada com instrumentos jurídicos³⁹.

O direito à privacidade, por conseguinte, envolve, desde seu aparecimento, o reconhecimento de que o indivíduo possui o direito ao “controle de informações sobre si mesmo” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 282).

O texto de 1890 repercutiu positivamente desde sua publicação e é hoje considerado o momento da “invenção” da privacidade (VIANNA, 2007, 106). No entanto, esse invento se consubstanciou em um conceito doutrinário, ainda desligado do direito constitucional norte-americano. O direito à privacidade só foi incorporado ao direito positivo dos EUA nas décadas de 50 e 60 do século passado, quando a sua natureza constitucional passou a ser reconhecida pela Suprema Corte.

Uma decisão fundamental nesse sentido ocorreu no caso *NAACP v. Alabama*, em 1958, quando a Suprema Corte reconheceu o direito das associações de manter em sigilo o registro de seus associados. No caso, o Estado do Alabama

(COSTA JR., 1970, p. 9-10). Ferraz Jr., por seu turno, destacou três atributos que, a seu ver, estão especialmente ligados à privacidade: i) a solidão, que expressa o direito fundamental de estar só; ii) o segredo, que impõe o sigilo sobre informações inerentes à intimidade e à privacidade; e iii) a autonomia, que expressa a liberdade que cada um possui de “decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações” (FERRAZ JR., 1993, p. 442).

39. Como se afirmou em outra oportunidade: “Warren e Brandeis, impressionados com os abusos de publicações de fotografias não autorizadas pelos jornais, enfatizaram a tutela do direito à não publicação de registros pessoais” (VIANNA, 2007, p. 108).

havia exigido que a National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) – uma associação de defesa dos direitos dos negros – divulgasse a lista de seus associados. A Suprema Corte negou o pedido do Estado, reconhecendo à referida associação o direito ao sigilo de seus registros (VIANNA, 2007, p. 113-114).

Posteriormente, na década de 1960, a Suprema Corte norte-americana reconheceu expressamente o *status constitucional* do direito à privacidade, ao declarar, com base nele, a inconstitucionalidade de leis estaduais que proibiam o uso e, posteriormente, a distribuição de contraceptivos.

Em 1965, no caso *Griswold v. Connecticut* (USA, 1965), a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Connecticut que proibía o uso de contraceptivos e, pela primeira vez, afirmou o *status constitucional* do direito à privacidade (SARMENTO, 2004, p. 205). Um dos argumentos centrais utilizados no julgamento foi o de que a aplicação da referida lei estadual exigiria que o Estado monitorasse a intimidade do casal, exercendo vigilância, inclusive, sobre o seu leito (SANDEL, 1989, p. 526). Desde então, a Suprema Corte norte-americana tem entendido que o direito à privacidade (*right to privacy*) compõe o direito constitucional do país.

À luz desse brevíssimo panorama histórico, é fácil perceber como o núcleo do direito à privacidade está estruturado, de forma analítica, por uma tríade de direitos: *direito de não ser monitorado*, *direito de não ser registrado* e *direito de não ser reconhecido* (VIANNA, 2007, p. 105, 107, 114, 116 e 207).

Monitorar significa vigiar ou rastrear algo ou alguém. Com o rápido desenvolvimento tecnológico vivenciado no século passado, as formas de monitoração se expandiram significativamente, em virtude da utilização de dispositivos eletrônicos (câmeras, microfones, *chips* de rastreamento etc.) capazes de “ampliar os sentidos humanos” (VIANNA, 2007, p. 55).

A monitoração é, comumente – embora não necessariamente –, seguida do *registro*, que consiste em “uma técnica de ampliação da memória humana por meio da coleta e armazenamento de informações em bancos de dados” (VIANNA, 2007, p. 85).

A necessidade da regulamentação jurídica dos registros pessoais pôde ser intensamente sentida durante a triste experiência do nazismo. Naquele momento, o registro minucioso da população foi um instrumento essencial para a implementação “eficiente” da política governamental de extermínio da comunidade judaica (VIANNA, 2007, p. 95-103).

Por fim, o *reconhecimento* consiste na comparação de uma monitoração atual com o registro de uma monitoração passada com a finalidade de detectar

a existência de uma possível congruência entre elas (VIANNA, 2007, p. 117). É o caso, por exemplo, do uso de fotografias e do reconhecimento biométrico (VIANNA, 2007, p. 117-119 e 132-139).

Com essa tríplice dimensão, o direito à privacidade consegue dar conta do problema fundamental com o qual lida desde seu surgimento, isto é, a necessidade garantir a *opacidade privada* em face do surgimento de novas técnicas de vigilância, registro e reconhecimento. E se a violação da privacidade já havia se tornado um problema sério no final do século XIX, na atual sociedade informacional, na qual o poder de controle sobre as pessoas foi enormemente ampliado pela utilização de novos dispositivos tecnológicos, a proteção jurídica da vida privada torna-se ainda mais premente⁴⁰.

Considerando, pois, que o conteúdo do conceito de privacidade está preenchido por essa tríade de direitos, é totalmente despropositado falar em direito à privacidade como fundamento constitucional do princípio da lesividade. O princípio da lesividade garante a *liberdade individual* ao imunizar as pessoas contra intervenções punitivas do Estado que tenham por objeto comportamentos não lesivos a bens jurídicos. Já o direito à privacidade envolve a proibição da aquisição invasiva de informações pessoais, de seu registro e de sua divulgação não autorizada.

3.2. A alteração do conceito de privacidade no direito norte-americano

O direito constitucional norte-americano, entretanto, experimentou um deslocamento em relação ao sentido tradicionalmente atribuído ao conceito de privacidade (SANDEL, 1989, p. 524). A partir da década de 1970, graças a uma mutação conceitual promovida gradativamente pela jurisprudência da Suprema Corte daquele país, formou-se uma concepção de *privacidade-autonomia*, ao lado da concepção originária de *privacidade-opacidade*.

A partir dessa ampliação conceitual, o direito à privacidade passou a assimilar a ideia de *autonomia privada*, definida por Sarmento como “a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual” (SARMENTO, 2004, p. 174). O direito à privacidade, visto por essa nova lente,

40. O direito à privacidade não deve, portanto, ser compreendido como mera proteção de um interesse privado, mas como um valioso instrumento jurídico de contenção do poder no Estado Democrático de Direito (VIANNA, 2007, p. 114-116). Ao assegurar à pessoa o direito de não ser monitorada, de não ser registrada e de não ter seus registros divulgados sem o seu consentimento, o direito à privacidade funciona como um instrumento jurídico fundamental de limitação do poder na atual sociedade de controle.

passa a resguardar um espaço de liberdade no qual cada um pode gerir os assuntos atinentes à própria vida sem interferência estatal. Consubstancia, portanto, o direito de tomar decisões relativas ao “eu” sem ingerências externas, em respeito à capacidade que todos temos de viver autonomamente os próprios projetos de vida boa.

Como sustentou Daniel Sarmiento em relação à *autonomia privada*, “não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências; respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes” (SARMENTO, 2004, p. 175).

O que se verifica, portanto, em relação ao direito constitucional norte-americano é uma reconhecida confusão entre os conceitos de privacidade e de autonomia privada (liberdade), que passam gradativamente a se identificar.

Um caso paradigmático para essa alteração conceitual foi *Eisenstadt v. Baird* (USA, 1972). Ao julgar o caso, que versava sobre a proibição de distribuição de contraceptivos a pessoas não casadas, a Suprema Corte norte-americana conferiu novo sentido ao direito à privacidade, ao atribuir-lhe a função de impedir a ingerência estatal sobre certas decisões ligadas à autonomia individual – no caso, a decisão sobre planejamento familiar, que, seguramente, envolve a faculdade de decidir livremente sobre o uso de contraceptivos (SANDEL, 1989, p. 527-528; POIRIER JR., 2012). Segundo Sandel, a partir desse momento, o direito à privacidade passou a proteger “a liberdade de realizar certas atividades sem restrição governamental”⁴¹ (SANDEL, 1989, p. 528, grifamos).

Um ano depois, no caso *Roe v. Wade* (USA, 1973), a Corte declarou a inconstitucionalidade de lei do Texas que criminalizava o aborto, argumentando com base no *princípio da privacidade*. Naquele julgado se afirmou que a decisão de interromper ou não a gravidez pertence à esfera de privacidade da mulher (SANDEL, 1989, p. 528; SARMENTO, 2004, p. 205-206). Com essa decisão, tornou-se patente a força do direito à privacidade nos EUA como critério liberal de contenção do poder do Estado, em respeito à liberdade individual (autonomia privada).

Alguns anos depois, no caso *Carey v. Population Services International* (USA, 1977), a Corte reconheceu, abertamente, que tinha promovido uma alteração

41. No original: the right to privacy now protected the freedom to engage in certain activities without governmental restriction.

significativa no sentido do direito à privacidade e passou a descrevê-lo, expressamente, em termos de *autonomia individual*⁴² (SANDEL, 1989, p. 528).

E, com a consolidação do direito à *privacidade-autonomia* nos EUA, surgiu logo o questionamento sobre a possibilidade de sua extensão aos atos homossexuais. A sodomia ainda era criminalizada por diversas leis estaduais naquele tempo. Na década de 1980, o caso *Bowers v. Hardwick* (USA, 1986) chega à Suprema Corte trazendo exatamente essa questão. Na ocasião, a Corte, em votação apertada (5 contra 4), negou-se a estender a proteção da privacidade a atos homossexuais, entendendo ser legítima a criminalização estadual da sodomia (SANDEL, 1989, p. 529-530; SARMENTO, 2004, p. 206) e afirmando textualmente que “a Constituição não confere aos homossexuais um direito fundamental de praticar sodomia”⁴³ (USA, 1986).

No entanto, no caso *Lawrence v. Texas* (USA, 2003), a Suprema Corte teve oportunidade de reapreciar a questão. O caso versava sobre a constitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava a prática da sodomia. Atendendo a uma *notitia criminis* de perturbação, a polícia de Houston entrou no apartamento de John Geddes Lawrence no momento em que ele fazia sexo anal com outro homem, Tyron Garner. Os dois foram presos com base na referida lei estadual.

Lawrence e Garner questionaram a constitucionalidade da lei estadual, sustentando que ela violava o direito de liberdade e de privacidade assegurados pela décima quarta emenda (cláusula do devido processo). Após derrota diante da Corte de Apelação do Texas, o caso foi levado à Suprema Corte.

No julgamento do recurso, a Suprema Corte entendeu que o Estado (a maioria parlamentar) não tem legitimidade para tal intromissão na liberdade e na vida privada das pessoas. O condutor do voto vencedor, o juiz Kennedy, resgatou o fundamento do voto dissidente do Juiz Stevens no caso *Bowers*. Naquela ocasião, o Justice Stevens já havia consignado que “o fato de a maioria governante de um Estado ter tradicionalmente encarado uma determinada prática como imoral não é uma razão suficiente para sustentar uma lei que proíba essa prática”⁴⁴ (USA, 2003, p. 577).

42. A nova concepção de privacidade aparece também no caso *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists* (USA, 1986).

43. No original: The Constitution does not confer a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy.

44. No original: The fact that the governing majority in a State has traditionally viewed a particular practice as imoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice.

Após uma ampla análise do precedente *Bowers v. Hardwick* (USA, 1986), o relator do caso *Lawrence* reconheceu expressamente que a Corte havia errado ao julgar aquele caso: “*Bowers* não era correta quando foi decidida e não é correta hoje. Não deve permanecer um precedente vinculante. *Bowers v. Hardwick* deve ser e será agora revogada”⁴⁵ (USA, 2003, p. 578).

Poirier Jr. sustentou que, com essa decisão, a “Suprema Corte fechou o círculo em torno do direito à privacidade. Agora, adultos poderiam consensualmente envolver-se em atos sexuais sem interferência ou controle por parte do Estado. Casados ou solteiros, heterossexuais ou homossexuais, a *garantia de liberdade sob a décima quarta emenda* fornecia um escudo sob o qual eles poderiam levar adiante suas relações da maneira que fosse determinada por sua própria escolha”⁴⁶ (POIRIER JR., 2012, grifamos).

Como se vê, no direito constitucional norte-americano, o direito à privacidade, a partir das decisões mencionadas, passou a ter por objeto um espaço do agir humano tradicionalmente assegurado pelo direito à *liberdade individual* (autonomia), qual seja, o direito de autodeterminar-se e de agir livremente sem sofrer censura ou repressão por parte da sociedade ou do Estado. Dentro desse espaço, que é destinado ao desenvolvimento da própria personalidade, o agir individual aparece como uma forma de expressão e de realização de si mesmo e não pode ser embaraçado nem mesmo pela maioria política, sob pena de pôr em risco o que há de mais importante para aquela pessoa, em termos de implementação do seu próprio projeto de vida. Como afirmou Poirier Jr. (2012), referindo-se ao direito norte-americano contemporâneo: “o direito à privacidade significa o direito de estar livre da interferência governamental em assuntos íntimos que são essenciais para o gozo da vida e da liberdade”⁴⁷.

Acrescente-se, por fim, que essa experiência de ampliação do conceito de privacidade não ficou restrita ao direito norte-americano. Mendes e Branco

45. No original: Bowers was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled.

46. No original: the Supreme Court closed the circle around the right of privacy. Now, consenting adults could engage in sexual conduct without interference or control by the State. Whether married or unmarried, hetero- or homosexual, the guarantee of liberty under the Fourteenth Amendment provided an umbrella under which they could pursue their relationships in the manner of their choice.

47. No original: Today, the right to privacy means the right to be free from government interference in those intimate matters that are essential to the enjoyment of life and freedom.

noticiam que já se discutiu, no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, se a obrigação de utilizar cinto de segurança poderia ser afastada à luz do direito à privacidade – argumento que, entretanto, não foi acolhido naquela ocasião. Há também decisões judiciais em países europeus considerando que a criminalização de atos homossexuais entre adultos e o impedimento legal de retificação do registro de nascimento após operação de mudança de sexo constituem atos legislativos injustificados em face do direito à privacidade (MENDES; BRANCO, 2013, p. 281).

4. A LIBERDADE COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL ADEQUADO DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Após essa análise conceitual preparatória, é possível voltar à questão formulada no início deste trabalho referente à explicitação do fundamento constitucional do princípio da lesividade.

Lamentavelmente, não há nenhuma disposição normativa expressa no texto da Constituição brasileira de 1988 que exija a afetação de bem jurídico como condição necessária para o exercício do poder de criminalização por parte das agências penais. Entretanto, não parece haver dúvida de que o conjunto dos valores assegurados pela Constituição de 1988 seja suficiente para amparar o princípio da lesividade como critério limitador do poder de punir do Estado.

Mas, como o apelo a um “conjunto de valores” constitucionais é algo ainda muito impreciso, faz-se necessário insistir na busca por um amparo normativo mais específico ou mais diretamente relacionado com o princípio da ofensividade na Constituição Federal de 1988.

4.1. *A relação entre a proteção constitucional à privacidade e a garantia da lesividade*

Apesar de sua evidente relevância prática, poucos penalistas têm se dedicado à questão do fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. Entre os que abordam o tema, estão aqueles que sustentam que a garantia da lesividade está fundada em uma série de direitos fundamentais, entre os quais costuma ser apontado o *princípio da proteção à intimidade e à vida privada* (artigo 5º, inciso X, da Constituição).

Warley Belo, por exemplo, sustenta que a base jurídico-constitucional do princípio da lesividade pode ser encontrada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), no princípio penal da legalidade (art. 5º, XXXIX) e na inviolabilidade da intimidade e da vida privada (BELO, 2012, p. 205-206).

Zaffaroni et al., por seu turno, recorrem às escolhas políticas expressas na Constituição brasileira de 1988 para fundamentar o princípio da lesividade. Segundo os autores, a Constituição brasileira optou por um “conceito *personalista* do direito”, segundo o qual o direito “deve servir à pessoa e não a qualquer mito que a transcenda” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 226). Partindo dessa premissa personalista, os juristas observam que o catálogo de direitos fundamentais⁴⁸ estabelecido em nossa Constituição impõe severas restrições ao poder coativo estatal e que tais restrições, no âmbito jurídico-penal, traduzem-se no princípio da lesividade (ZAFFARONI et al., 2006, p. 225-226).

De forma mais incisiva, Maria Lúcia Karam sustenta que, “embora não tenhamos um dispositivo constitucional tão claro quanto aquele da Constituição Argentina, o direito à intimidade e à vida privada, garantido no artigo 5º, inciso X de nossa Constituição Federal, permite depreender, como se deve depreender de qualquer ordenamento jurídico que se pretenda democrático, que o Direito só pode intervir em condutas que tenham potencialidade para afetar a terceiros” (KARAM, 1991, p. 130).

Na prática judiciária, como se viu, esse foi o argumento utilizado pela Defensoria Pública perante o Supremo Tribunal Federal em recurso que busca a declaração de inconstitucionalidade do disposto no art. 28 da Lei de Drogas – dispositivo que criminaliza o porte de substância entorpecente para consumo pessoal. Em síntese, a Defensoria argumentou que: i) a conduta de possuir droga para consumo pessoal não ofende a nenhum bem jurídico legítimo, razão pela qual o dispositivo legal impugnado viola o princípio da lesividade; ii) o princípio da lesividade tem amparo na Constituição brasileira; iii) a norma constitucional que fundamenta a garantia da lesividade é o direito à privacidade, previsto no art. 5º, inciso X, da CF/88.

Se as assertivas contidas nos itens i e ii parecem seguramente verdadeiras, o disposto no item iii é mais frágil de um ponto de vista argumentativo. Embora a relação entre lesividade e privacidade possa parecer interessante à primeira vista, ela é inteiramente dependente de uma ampliação do significado de privacidade, similar àquela que ocorreu no direito constitucional norte-americano.

48. Entre os direitos fundamentais mencionados pelos autores encontram-se: “a livre manifestação do pensamento, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, a proibição de qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e ainda a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas pela Constituição da República (art. 5º incs. IV, VI, VIII, IX e X)” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 225, grifamos).

Como se viu, naquele país, o direito à privacidade passou por uma ampliação, deixando de cuidar apenas da monitoração, do registro e da divulgação de informações pessoais, para tratar, sobretudo, de uma dimensão referente ao direito de *agir na vida privada* sem oposição ou interferências externas (liberdade de ação). Somente quando se pensa o conceito de privacidade em termos de *privacidade-autonomia*, é que se torna viável sustentar que a garantia da lesividade está fundada no princípio constitucional da privacidade.

No entanto, se a relação entre privacidade e lesividade só é possível diante uma ampliação do conceito de privacidade capaz de abarcar a noção de autonomia pessoal – como ocorreu na experiência constitucional norte-americana –, é fácil inferir que a ideia que de fato está relacionada com o *princípio penal da lesividade* é a ideia de *autonomia individual* e não propriamente a de privacidade.

O que parece ser decisivo, portanto, é se uma tal ampliação do conceito de privacidade é legítima à luz de uma análise sistemática das liberdades no direito constitucional brasileiro. E, apesar de sedutora, a proposta de relacionar privacidade e lesividade não é a melhor resposta ao problema.

No direito constitucional brasileiro, sempre foram bem demarcadas, de um lado, a esfera da proteção à privacidade, que assegura a todos o direito de não ser monitorado, registrado e reconhecido, e, de outro, a esfera de proteção liberal da liberdade de agir (autonomia individual), pensada aqui como uma zona dentro da qual a pessoa pode decidir e agir livremente, com vistas à implementação de seus próprios projetos existenciais.

Não parece, portanto, adequado confundir as noções de *autonomia privada* – núcleo da liberdade de agir – com o conceito de *privacidade* (VIANNA, 2007, p. 113). A ampliação do conceito de privacidade, nos moldes em que foi promovida no direito norte-americano, acarreta um duplo risco, quando importada, sem maior reflexão, para o direito brasileiro: i) o risco de que essa alteração conceitual ofusque o sentido fundamental do direito à privacidade como direito de não ser monitorado, registrado e reconhecido e ii) o perigo de esvaziamento do conceito de liberdade.

No primeiro caso, o que se receia é que a concepção ampliada de *privacidade-autonomia* faça com que a ênfase seja deslocada da ideia de *privacidade-opacidade* – tão importante como instrumento de limitação do poder na atual sociedade de controle (VIANNA, 2007) – para a noção de liberdade comportamental no âmbito da vida privada, já perfeitamente resguardada pelo direito constitucional de liberdade.

Parece inadequado, além disso, mutilar o direito de liberdade retirando de seu bojo a noção de autonomia individual, já que, como observou Daniel

Sarmento, a ideia de *autonomia privada* está no cerne de qualquer concepção liberal de *liberdade* (SARMENTO, 2004, p. 174-175). Essa mutilação, que desprestigia o conceito de liberdade, parece, pois, não só inapropriada, como também desnecessária no âmbito do direito constitucional brasileiro, que conta com instrumentos normativos suficientes para situar e resguardar o conceito de liberdade.

Gilmar Mendes e Paulo Branco manifestaram-se, também, pela desnecessidade da ampliação do conceito de privacidade no Brasil, já que existem, em nossa Constituição, outros dispositivos que se destinam à tutela da autonomia privada. Após tratar da experiência norte-americana de ampliação conceitual, os autores afirmam que “no Brasil, não parece necessária essa mesma extrapolação do sentido clássico do direito à privacidade, já que a proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado podem ser atalhadas com a invocação do princípio da proporcionalidade, do princípio da liberdade em geral (que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional) e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo tão larga quanto possível no quadro dos diversos valores constitucionais” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 282-283).

Resumidamente, se a Constituição brasileira consagra o direito à privacidade no inciso X do art. 5º, ela também assegura o direito à liberdade de agir no *caput* do mesmo artigo. Os conceitos maiores de *liberdade* e *privacidade* precisam, portanto, harmonizar-se, no âmbito de uma abordagem sistemática do texto constitucional, de modo que o sentido de um não aniquile nem mesmo enfraqueça o sentido do outro.

4.2. O assento constitucional do princípio da lesividade

A garantia penal da lesividade deriva da proteção constitucional à autonomia privada. Pode, portanto, ser perfeitamente situada no art. 5º, *caput*, da Constituição (direito geral de liberdade⁴⁹), associada com o princípio da dignidade da pessoa humana indicado pelo art. 1º, inciso III, do texto constitucional.

A relação que interessa destacar aqui, portanto, é aquela que se estabelece entre *lesividade* e *liberdade*. No marco de uma teoria político-liberal, o Estado

49. Sobre a existência, no sistema constitucional brasileiro, de um “direito geral de liberdade”, expresso textualmente no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, conferir Daniel Sarmento (SARMENTO, 2016, p. 159-162).

deve ser moralmente neutro como forma de respeitar a capacidade inerente a cada pessoa de decidir sobre suas próprias concepções de vida boa e sobre seu próprio estilo de vida (POIRIER JR., 2012; SANDEL, 1989, p. 522-525). Ao proteger a *liberdade individual*, a Constituição brasileira demarca aquele espaço de autonomia pessoal, livre da interferência do Estado e de terceiros, dentro do qual, como sustentou Stuart Mill, o indivíduo é soberano sobre seu corpo e sobre sua mente.

Ao discorrer sobre o conceito de liberdade, Daniel Sarmento sustentou que o constitucionalismo contemporâneo tem procurado sintetizar duas teorias distintas sobre o conceito de liberdade, resultantes do debate entre democratas e liberais que marcou a Modernidade. Da perspectiva desse debate, a liberdade pode ser pensada tanto a partir de um ponto de vista público quanto a partir de um ponto de vista privado (SARMENTO, 2004, p. 173-220).

Quando se pensa a liberdade de uma perspectiva pública – liberdade como *autonomia pública* – tem-se em consideração a faculdade que todo cidadão possui de participar da tomada de decisão no espaço público democrático, isto é, de definir o seu destino político juntamente com os seus concidadãos. A liberdade do cidadão, que se consubstancia no processo político democrático, confunde-se, pois, com a noção de soberania popular, isto é, com a capacidade que o cidadão possui de ser *coautor* das decisões políticas que o obrigam.

Ao lado da concepção democrática de liberdade, existia, na Modernidade, a concepção liberal, da qual resultou a noção de *autonomia privada*, baseada na capacidade individual de tomar decisões referentes à própria vida. A ideia já tão mencionada de autorregulação da própria existência está abarcada, portanto, pelo conceito de autonomia privada, que, por seu turno, pode dividir-se em uma *dimensão negocial ou patrimonial* e em uma *dimensão existencial*⁵⁰ (não patrimonial).

A dimensão negocial resume-se na *autonomia contratual* – na liberdade para contratar ou não contratar, definir o conteúdo dos contratos, o momento de sua realização etc. – e na ideia de *livre-iniciativa*, que é um valor basilar dos sistemas capitalistas contemporâneos (SARMENTO, 2004, p. 207).

Mas quando se trata, como no caso deste trabalho, de relacionar lesividade e liberdade, é preciso destacar a *dimensão existencial* do conceito de autonomia

50. Deve-se esclarecer que o termo “existencial” aparece no texto apenas para contrastar com a dimensão *patrimonial* da autonomia privada (liberdade negocial e livre-iniciativa). Vale dizer, o uso da palavra “existencial” no texto não representa um compromisso teórico dos autores com doutrinas filosóficas de cariz existencialista.

privada. Nesse sentido, o conceito de liberdade assegura à pessoa o direito de resolver todas as questões referentes à própria existência, vale dizer, todo indivíduo é livre para fazer “escolhas existenciais”, tais como: “com que pessoas mantereirelações de amizade e de amor? Como vou conduzir minha vida sexual? Como vou me vestir e manter minha aparência?” (SARMENTO, 2004, p. 174-175).

Ambas as dimensões da autonomia privada, a existencial e a negocial, gozam de tutela constitucional em nosso país. No entanto, Sarmento destaca que “nem todas as manifestações da autonomia privada são valoradas da mesma forma” (SARMENTO, 2004, p. 192), isto é, a tutela constitucional dispensada pelo direito brasileiro à dimensão existencial da autonomia privada é mais intensa do que aquela destinada à dimensão patrimonial, fenômeno que pode ser percebido também no direito alemão e no norte-americano (SARMENTO, 2004, p. 207, 211 e 214). Isso ocorre porque, segundo o autor, no Estado de direito contemporâneo, o foco constitucional recai na esfera das decisões existenciais (SARMENTO, 2004, p. 192): “se é certo que a autonomia privada recebe proteção da ordem constitucional, também nos parece indubitoso que, dentro do quadro axiológico delineado pela Constituição de 88, esta tutela não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida patrimonial e econômica” (SARMENTO, 2004, p. 176)⁵¹.

Mas é relevante lembrar que todas as dimensões da liberdade (pública, privada, negocial e existencial) são protegidas constitucionalmente – ainda que de forma heterogênea: “a ordem constitucional brasileira confere ampla proteção à liberdade, preocupando-se com a efetiva garantia aos excluídos das condições necessárias ao seu gozo. Ela protege a autonomia pública do cidadão, fortalecendo a democracia, mas também a autonomia privada. Em relação a esta, a tutela constitucional abrange tanto a dimensão existencial, como a econômica, mas, no primeiro caso, a proteção faz-se mais intensa. Esta diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e de sociedade adotada pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas” (SARMENTO, 2004, p. 220).

A prioridade da dimensão existencial da autonomia privada em relação à negocial deriva, portanto, daquela “noção de pessoa subjacente a ordem

51. Ainda segundo o autor, “a proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 88 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa, quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial” (SARMENTO, 2004, p. 214).

constitucional brasileira” (SARMENTO, 2004, p. 176). As demandas existenciais da autonomia privada têm preponderância axiológica porque “são consideradas mais relevantes para a garantia e promoção da dignidade da pessoa humana” (SARMENTO, 2004, p. 192). De fato, a ideia mesma de autonomia individual pressupõe ou “tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios” (SARMENTO, 2004, p. 188).

Em trabalho mais recente, Sarmento sustentou que, no sistema constitucional brasileiro, a autonomia individual constitui elemento essencial da dignidade da pessoa humana⁵² (SARMENTO, 2016, p. 93). Isso significa, entre outras coisas, que o princípio da dignidade da pessoa possui um conteúdo material que limita a atividade estatal, ao impor que o Estado viabilize e respeite a tomada de decisão pessoal em relação àqueles temas que dizem respeito apenas ao próprio autor da decisão. O princípio da dignidade humana não pode ser utilizado, portanto, como uma espécie de “porta de entrada” para a imposição de concepções de vida boa por parte dos atores jurídicos (SARMENTO, 2016, p. 162-187).

Em síntese, a dimensão existencial da autonomia privada, baseada no art. 5º, *caput* e no art. 1º, III, da CF, impede que o Estado tente impor a seus cidadãos os projetos existenciais que ele julga que devam ser perseguidos. Cada qual deve saber melhor do que ninguém de suas crenças, projeções, visões de mundo, maneiras de ser e objetivos pessoais a realizar. O único limite legítimo a essa forma de liberdade é a lesão ao igual direito alheio, isto é, o limite é a necessidade de conciliar a liberdade de um com “o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade (...)” (SARMENTO, 2004, p. 189).

É essa autonomia privada existencial que o princípio da lesividade resguarda no âmbito jurídico-penal, ao impedir incriminações que não estejam vinculadas à ideia de lesão a bem jurídico. Essa ligação entre a lesividade e a proteção constitucional da autonomia privada parece ter sido percebida por Zaffaroni et al. quando sustentam que a Constituição brasileira, ao impor limites rigorosos

52. Ao lado da autonomia, o autor elenca como constituintes essenciais da dignidade da pessoa humana no Brasil o valor intrínseco da pessoa, o mínimo existencial e o reconhecimento (SARMENTO, 2016, p. 93).

à ingerência coativa estatal, obriga o Estado a assegurar “um âmbito de *liberdade moral*”, que deve ser resguardado contra intervenções penais, já que “as penas não podem recair sobre ações que expressem o exercício dessa liberdade” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 225).

Quando se observam aquelas duas hipóteses fundamentais que se encontram no núcleo normativo do princípio da lesividade – proibição de incriminar autolesões e proibição de incriminar ações inócuas, mesmo que moralmente desviadas –, percebe-se claramente como a garantia da lesividade depende da concepção constitucional de liberdade.

A hipótese de autolesão não pode ser objeto de ingerência estatal por estar situada no espaço da autonomia sobre o próprio corpo e sobre a própria vida (em sentido amplo). A “autonomia sobre o próprio corpo”, já se disse, é “o núcleo do direito à liberdade” (VIANNA, 2014, p. 1, grifamos): “a liberdade de um povo não está simplesmente em escolher seus governantes. Não se pode considerar livre um povo que decide os rumos de seu governo, mas que nega a cada um de seus indivíduos a autonomia de decidir sobre os rumos de seu próprio corpo. Liberdade é, antes de tudo, poder decidir sobre o próprio corpo” (VIANNA, 2014, p. 5).

Se o Estado não pode obrigar uma pessoa a fazer aquilo que julga ser o melhor para ela, tampouco pode interferir sobre as decisões tomadas na livre administração de sua própria existência. Não havendo lesão a um bem jurídico (que é sempre alheio), a pessoa permanece nos limites de sua autonomia privada – e esta deve ser preservada e não obstada pelo Estado. Como observa ainda Sarmiento, “não cabe ao Estado avaliar se as liberdades estão ou não sendo exercidas no sentido que ele considerar mais apropriado, já que tal concepção esvaziaria a autonomia privada do cidadão na sua dimensão mais relevante: o poder da pessoa humana de se autogovernar; de fazer escolhas existenciais e de viver de acordo com elas, desde que não lese direitos de terceiros” (SARMENTO, 2004, p. 215).

Também naquelas hipóteses de comportamentos moralmente desviados, mas totalmente inócuos a qualquer bem jurídico, é possível afirmar que a pessoa ainda se encontra nos limites de sua autonomia privada. Todo ser humano tem o direito de *ser diferente* e de reger sua vida sem subserviência em relação à moral dominante – desde que não lesione bens jurídicos. É bastante esclarecedor, nesse sentido, que o princípio da lesividade tenha aparecido no mesmo contexto liberal da luta pela separação entre direito e moral. A tradição liberal não reconhece à maioria política o poder de incorporar em leis (mormente em leis penais) sua concepção moral ou sua visão de vida boa, porque isso significaria uma homogeneização moral autoritária e insuportavelmente intolerante em relação às minorias políticas e sociais.

Em síntese, o fundamento constitucional da garantia da lesividade é a liberdade de ação, mais especificamente, a autonomia privada em sua dimensão existencial. No plano constitucional, isso impõe a conjugação do direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*, CF) com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF). O direito geral de liberdade, previsto no *caput* do art. 5º, protege de forma amplíssima todo e qualquer comportamento humano, exigindo que qualquer medida restritiva à liberdade seja justificada com razões legítimas, a partir da régua da proporcionalidade (SARMENTO, 2016, p. 159-162). O princípio da dignidade da pessoa humana, por seu turno, proíbe que as medidas restritivas de liberdade sejam justificadas com base em determinadas razões, por exemplo, utilizar o direito penal para a imposição de determinadas concepções de vida boa. Como sustentou Sarmento, “a melhor interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana envolve justamente a imposição de um bloqueio constitucional às intervenções estatais no campo da moralidade privada, atinente às escolhas de vida das pessoas que não afetem direitos de terceiros ou bens jurídicos coletivos relevantes” (SARMENTO, 2016, p. 71-72).

Na esfera penal, essas exigências constitucionais se materializam na proibição da criminalização de comportamentos não lesivos a bem jurídicos. Portanto, o direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*) associado com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) dão suficiente sustentação ao núcleo essencialmente liberal da noção de lesividade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que possa desempenhar a sua função de critério racional de contenção do poder punitivo do Estado, a garantia da lesividade deve estar estabelecida em um nível normativo superior ao da legislação criminal ordinária. Daí a relevância da busca por seu fundamento constitucional.

Ao contrário do que se vem defendendo, o princípio da lesividade não está amparado no princípio constitucional da privacidade, mas antes na proteção constitucional da dimensão existencial da autonomia privada, que é uma das faces mais proeminentes do direito fundamental à liberdade de agir. Existe, portanto, uma ligação muito íntima entre o princípio jurídico-penal da lesividade e o direito constitucional de liberdade.

Pode-se afirmar que a garantia da lesividade está funcionalmente destinada a resguardar, contra intervenções penais arbitrárias, aquele espaço de autonomia individual assegurado pela Constituição. E, como o limite da autonomia privada é a lesão a direito/interesse alheio, considera-se arbitrária toda intervenção penal que tenha por objeto comportamentos não lesivos a bens jurídicos.

No interior da esfera de autonomia pessoal desenhada pela Constituição, a pessoa é livre para escolher e para seguir seus projetos de vida boa, seja em questões atinentes ao próprio corpo, seja em relação a decisões comportamentais apoiadas em suas próprias crenças, valores e interpretações do mundo.

A lesividade, portanto, nada mais é do que a expressão, no âmbito jurídico-penal, do compromisso constitucional com o direito ao próprio corpo e com o respeito à pluralidade de concepções morais e existenciais. Em uma palavra, a garantia da lesividade é a expressão constitucional do direito de liberdade. Está, portanto, situada no dispositivo constitucional que protege, como direito fundamental, a liberdade geral de ação (art. 5º, *caput*, da CF/88), no qual está abarcada a noção de autonomia privada existencial, que, por sua vez, pressupõe a compreensão de pessoa como agente moral capaz de decidir os rumos de sua própria existência (art. 1º, inciso III, da CF/88).

O reconhecimento da lesividade como um princípio fincado na Constituição impõe a todos nós um controle argumentativo mais rígido e efetivo dos tipos penais, a partir da ótica da ofensa (abstrata e concreta) ao bem jurídico protegido pelo crime. Estando incorporada no nível hierárquico mais elevado de nosso ordenamento jurídico, a garantia da lesividade sujeita todos os tipos editados pelo Poder Legislativo a controle de constitucionalidade no que concerne à existência efetiva de um bem jurídico e à exigência de lesão (ou de perigo de lesão) provocada pelo comportamento típico.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BELO, Warley Rodrigues. *Tratado dos princípios penais*. Florianópolis: Bookess Editora, 2012. v. 2.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 05.01.2017.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.
- FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1985. v. 2.
- FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to self*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1986. v. 3.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. Trad. Diana Restrepo Rodríguez. *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, v. 8, n. 79, p. 100-114, jul.-dez. 2012.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.
- FERRAZ, Lucas. Réu de processo que guiará Supremo defende a descriminalização de drogas. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19.08.2015. Recuperado a partir de: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/08/1670541-reu-de-processo-que-guiara-supremo-defende-a-descriminalizacao-de-drogas.shtml].
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. [Título original: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts.]
- FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. Trad. Ricardo Robles Planas. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. [Título original: Die Rechtsgutstheorie.]
- GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, ano 12, p. 89-147, jul.-ago. 2004.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, fev.-mar. 2003.
- HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Trad. Patricia S. Ziffer. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, n. 46-47, abr.-set. 1989.

- HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. Trad. Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. [Título original: Die Rechtsgutstheorie.]
- KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. Editado por David Bromwich e George Kateb. New Haven; London: Yale University Press, 2003.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), 7 a 22 nov. 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf]. Acesso em: 05.03.2017.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- POIRIER JR., Albert E. *The right to privacy: or how the Supreme Court got the government out of the bedroom*, 2012. Disponível em: [https://works.bepress.com/albert_poirier/2/]. Acesso em: 10.06.2016.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- RABELO, Galvão. Ainda sobre a Lei n. 12.015/2009: e o bem jurídico? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 215, out. 2010.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. (Fundamentos; la estructura de la teoría del delito, v. 1).
- ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- SANCHÍS, Luis Prieto. *La filosofía penal de la ilustración*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- SANDEL, Michael J. Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality. *California Law Review*, v. 77, n. 3, p. 521-538, may 1989.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*, 2007. Disponível em: [<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>]. Acesso em: 25.06.2016.
- TAFFARELLO, Rogério Fernando. Paternalismo legal e criminalização das drogas. *Jota*, 21.08.2015. Disponível em: [http://jota.uol.com.br/paternalismo-legal-e-criminalizacao-das-drogas#_ftn1]. Acesso em: 27.06.2016.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípio básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>]. Acesso em: 09.04.2016.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/case.html>]. Acesso em: 09.04.2016.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>]. Acesso em: 11.04.2016.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Carey v. Population Svcs. Int'l*, 431 US 678, 1977. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/678/case.html>]. Acesso em: 11.04.2016.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists*, 476 U.S. 747, 1986. Disponível em: [www.law.cornell.edu/supremecourt/text/476/747]. Acesso em: 11.04.2016.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 1986. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/186/case.html>]. Acesso em: 29.03.2016.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html>]. Acesso em: 28.03.2016.
- VIANNA, Túlio. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- VIANNA, Túlio. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana Tavares de. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, v. 14, p. 305-323, 2008.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 15 dec. 1890.
- WOLFF, Rosane Portella. *A proteção da vida privada e o direito à informação*. 1991. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 1991.
- ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O princípio da ofensividade nos julgados do Supremo Tribunal Federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio formador do direito penal, de Décio Franco David – *RBCCrim* 115/17-57 (DTR\2015\11451);
- Ofensividade e bem jurídico-penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal, de Daniel Leonhardt dos Santos – *RBCCrim* 121/13-50 (DTR\2016\21993); e
- Princípio da lesividade e deslegitimação do direito penal, de Paulo Roberto Sampaio Santiago – *RCP* 13/249-274 (DTR\2010\629).

NARRATIVAS E ENCOBRIMENTOS CRIMINOLÓGICOS: DESVELAMENTO E VIDA NEGADA (OS EXCLUÍDOS ENTRE OS EXCLUÍDOS) SEGUNDO A ÉTICA DA LIBERTAÇÃO

*CRIMINOLOGICAL NARRATIVES AND COVER-UPS: UNVEILING AND DENIED LIFE
(THE EXCLUDED BETWEEN THE EXCLUDED) BY THE ETHICS OF LIBERATION*

ANA CLÁUDIA BASTOS DE PINHO

Doutora (2011) e Mestre (2004) em Direito. Professora da UFPA. Promotora de Justiça.
acpinho9@gmail.com

JOSÉ EDVALDO PEREIRA SALES

Doutorando e Mestre em Direito (2013) PPGD-UFPA. Promotor de Justiça.
je.sales@uol.com.br

Recebido em: 19.04.2017

Aprovado em: 10.08.2017

Última versão dos autores: 17.08.2017

ÁREAS DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Penal

RESUMO: O artigo discute o que denomina de *encobrimentos criminais*, procurando analisar como as principais teorias criminológicas (etiológica, sociológica, etiquetamento e criminologia crítica), que pretendem descobrir certas realidades, encobrem outros aspectos em torno da questão criminológica. A crítica aqui exposta tem como hipótese que essas perspectivas criminológicas são encobridoras de realidades que sofrem um processo de exclusão até mesmo por teorias que se declaram críticas, como a criminologia crítica e sua vertente latino-americana. O desafio é pensar as abordagens criminológicas a partir de um viés que possibilite a inclusão do excluído, como o índio e o quilombola típicos da Amazônia. A proposta, portanto, é apresentar questionamentos a esses discursos criminológicos e apontar possibilidades de desvelamentos (a

ABSTRACT: The article discusses in which sense the main criminological theories (narratives) – etiological, sociological and critical criminology – cover certain aspects of the criminological question. The critique presented here has as hypothesis that those criminological perspectives cover the realities, because in the name of discovery they generate cover-up and exclusion, even in critical areas such as critical criminology, including it Latin American bias, and more current perspectives such as neurocriminology. The challenge is to think the criminological approaches in order to allow the inclusion of the excluded, such as the Indian and the quilombola, both very present in the Amazon. The proposal, therefore, is to present questions to those criminological discourses and point out possibilities of unveiling (the reason of the

razão do Outro) a partir da Ética da Libertação (Enrique Dussel).

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Narrativas – Encobrimentos – Desvelamentos – Razão do Outro (Ética da Libertação).

Other) from the Ethics of Liberation (Enrique Dussel).

KEYWORDS: Criminology – Narratives – Cover-ups – Unveiling – Reason of the *Other* (Ethics of Liberation).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. *Primeiro* encobrimento criminológico: quando a ciência encapa discursos desfocados. 3. *Segundo* encobrimento criminológico: do indivíduo em si mesmo para as relações sociais – o padrão binário-sociológico. 4. *Terceiro* encobrimento criminológico: da defesa para a reação social – o etiquetamento e seus limites. 5. *Quarto* encobrimento criminológico: as relações socioeconômicas, as classes, a periferia e os limites de uma teoria. 5.1. Criminologia crítica e crítica criminológica (a "crítica" neurocriminológica): distinções. 5.2. Criminologia latino-americana. 6. Proposta de desvelamento: por uma ética da libertação, a partir do reconhecimento da vida negada. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Num aforismo mediano de *A gaia ciência* (n. 374), Nietzsche (2012, p. 250-251) apresenta uma explicitação entre seu perspectivismo e a existência como essencialmente interpretativa. Na verdade, o mundo encerra uma infinidade de interpretações, embora cada um de nós não possa enxergar além da nossa esquina. Nos seus *fragmentos póstumos*, seu perspectivismo é apresentado na mesma relação com as interpretações e, por isso, estas são avaliações de perspectivas. É a elevação do homem, sua vontade de poder, seu fortalecimento que produz uma ampliação de poder que abre novas perspectivas (2005, p. 223). Há em nós uma *vontade de verdade*. Müller-Lauter (2009, p. 168), partindo da indagação de Nietzsche sobre o que em nós aspira à verdade, esclarece que essa vontade tem suas raízes na compreensão moral do mundo. Contudo, a vontade moral oculta a efetividade, ela engana, vale-se da vontade de verdade para ocultar e enganar¹.

Que importância teria o perspectivismo e a ideia de interpretação oferecidos por Nietzsche? Muitas possibilidades. Foucault percebeu isso e desenvolveu relevantes trabalhos tocando, direta e indiretamente, em questões criminológicas. Na aproximação que faz entre Nietzsche, Freud e Marx, Foucault (1975)

1. Uma breve discussão sobre as censuras feitas a Nietzsche quanto ao seu possível ceticismo em face de sua afirmação de que "não há nenhuma verdade", remetemos à nota 57 de Müller-Lauter (2009, p. 173) na qual o autor discorre sobre o tema e invoca as refutações ofertadas por Heidegger a essa pecha indevida.

aponta a contribuição de cada um desses *mestres da suspeita* que nos ensinaram a olhar a realidade de um modo diverso ou pelo menos exercer uma certa desconfiança diante daquilo que nos é dado de imediato. Quando fala de Nietzsche, Foucault começa realçando a ideia de que a interpretação permanece sempre sem acabar, pois se desenvolve continuamente; e, por essa via, o ponto primário a interpretar é inexistente, tudo é uma interpretação de uma interpretação. Nunca houve, então, um interpretandum que não tenha sido interpretans. A relação que se dá no âmbito da interpretação é de violência. Em que sentido? A matéria a ser interpretada não permanece passiva; ao contrário, “ela necessita apoderar-se, e violentamente, de uma interpretação que está já ali, que deve trucidar, revolver e romper a golpes de martelo” (FOUCAULT, 1975, p. 15).

Perceber a interpretação sob essas impressões nos remete a dois pontos cruciais. A convicção de que os símbolos primários existem de maneira original, coerente, pertinente e sistemática, e para os quais a interpretação pode ou deve voltar-se, nada mais é que sua própria morte; de modo reverso, quando nos damos conta de que o que há são interpretações e que umas se debruçam sobre outras continuada e infinitamente, aí está a vida e o sentido real da interpretação (FOUCAULT, 1975, p. 19). O que se pretende aqui é partir de interpretações expostas pelas teorias (discursos) criminológicas para tentar olhar por debaixo da superfície e enxergar o que está submerso e não visto pelo olhar mais apressado.

Este trabalho não tem a pretensão, portanto, de fazer uma análise de todas as teorias criminológicas² e apontar seus aspectos principais e respectivos encobrimentos. O que se objetiva é, antes de tudo, apontar um modo de ler essas teorias e enfatizar que seus discursos são encobrimentos de outras questões. Então, basicamente, o texto levará em consideração quatro momentos de elaboração de teorias criminológicas, o etiológico, o sociológico, o etiquetamento e a criminologia crítica. Em relação ao último, será dado um destaque – uma espécie de momento posterior – àquilo que alguns autores chamam de criminologia latino-americana, e, a partir da ética da libertação, forjada por Enrique Dussel, o texto procurará brechas, fendas, no próprio discurso crítico e, com isso, irá propor um outro olhar sobre a criminologia, ou, quem sabe, um desvelar, na criminologia mesma, do olhar do *Outro*.

-
2. Para uma leitura completa das muitas teorias criminológicas remetemos aos trabalhos de Anitua (2008), Baratta (2002), Muñoz Conde e Hassemer (2008), Bergalli e Bustos Ramírez (2015a e 2015b), dentre outros.

2. PRIMEIRO ENCOBRIMENTO CRIMINOLÓGICO: QUANDO A CIÊNCIA ENCAPA DISCURSOS DESFOCADOS

Há autores que divergem sobre os primeiros instantes da Criminologia, como é o caso de Zaffaroni, para quem as primeiras teorizações se deram pelos criminologistas medievais, que eram nominados de “demonólogos”, expressas no *Malleus Maleficarum* (1991), como a implantação de um modelo integrado de criminologia etiológica, direito penal, processo penal e criminalística (ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010, p. 222); verdade é que a questão do ilícito – penal ou não penal – é tão antiga quanto a humanidade. E somente com o alvorecer do movimento científico do período iluminista, mais precisamente com o positivismo, é que a Criminologia, como a conhecemos atualmente, recebe um tratamento dito científico e os primeiros autores e as grandes obras surgem.

O positivismo, que adquiriu sentidos diversos, tem, de fato, sua origem em Auguste Comte (1798-1857) e em sua ideia de uma *filosofia positiva* aplicada não apenas às ciências, mas à sociedade e sua reforma a partir de normas necessárias. É inegável o fomento que ocorreu no âmbito das ciências em geral em razão da doutrina positivista. As ciências médicas, por exemplo, alavancaram-se no século XIX e suas influências chegaram ao campo do controle penal. É nesse contexto que a Criminologia surge marcada pelo cientificismo e fortemente influenciada pelas investigações médicas (ANITUA, 2008, p. 297).

As primeiras escolas, os autores e as grandes obras criminológicas desencadeiam-se exatamente nesse período. A maior expressão desse momento é a Escola Positiva. Essa escola criminológica desenvolve-se a partir da ideia de neutralidade das Ciências da Natureza, tendo em Auguste Comte, Charles Darwin e Herbert Spencer suas principais referências. No âmbito da Criminologia, três autores e três obras são fundamentais, a saber, *Uomo delinquente* de Cesare Lombroso (1876), *Sociologia criminale* de Enrico Ferri (1884) e *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione* (1885) de Raffaele Garofalo. A Criminologia está nesse momento profundamente influenciada pela Medicina e a sua investigação é de natureza patológica. O criminoso é estudado sob o viés biológico.

Esse paradigma etiológico-criminológico tem como pressupostos a busca de causas patológicas para a criminalidade em que o criminoso é visto como o “diferente”. Nas obras e autores vinculados a esse momento, o delito terá suas causas, segundo Baratta (2002, p. 38-39), na totalidade do indivíduo tanto no âmbito físico-biológico quanto na esfera físico-psicológica. Essas causas, em Lombroso, por exemplo, estão determinadas biologicamente sobretudo em razão de elementos de hereditariedade. Há, assim, um tipo de determinismo

biológico. O indivíduo nasce impregnado pela pecha do “criminoso nato” e assim vive, desenvolve-se e morre. A tarefa da investigação criminológica é identificá-los. Garofalo, por sua vez, realiza uma ampliação desse enfoque na medida em que introduz fatores de ordem psicológica. E, para se restringir a três autores, Ferri realiza a síntese dessa escola ao desenvolver o tripé da Escola Positiva: fatores antropológicos, físicos e sociais.

O delito era reconduzido assim, pela Escola positiva, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão. O sistema penal se fundamenta, pois, na concepção da Escola positiva, não tanto sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas, consideradas abstratamente e independentes da personalidade do delinquente, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação tipológica dos autores. (BARATTA, 2002, p. 39)

As influências da Escola Positiva alastraram-se pelo mundo e alcançaram autores nos mais diversos países, inclusive no Brasil e na Argentina. Neste último país, é importante a leitura feita por Sozzo nos seus *Relatos* 1, 2 e 3 (2014, p. 25-39) a fatos relevantes como a fundação, em 1888, da Sociedade de Antropologia Jurídica em Buenos Aires, a publicação de *Los hombres de presa* de Luis M. Drago, a apresentação de uma nova classificação dos delinquentes assentada na importância de caracteres psíquicos por José Ingenieros, a publicação do livro de Ingenieros em italiano, em 1907 (*Nuova classificazione dei delinquente*), a excursão de Gina Lombroso (filha de Lombroso) e seu esposo Guglielmo Ferrero, em 1907, pelo Brasil, Uruguai e Argentina e a publicação do artigo *Istituzioni Americane, La Penitenziaria Nazionale di Buenos Aires*, em 1907, por Gina em *L'Avanti*.

No Brasil, terra de índios, negros, brancos, mulatos, cafusos e mamelucos, Nina Rodrigues procurou assentar as bases do perfil do “homem delinquente”. A leitura do seu *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* (1938) é estarrecedora, em virtude do paradoxo de querer sustentar teses lombrosianas em solo brasileiro³. Rodrigues (1938, p. 118-120) apresenta a população brasileira distribuída em dois grupos: uma minoria de elementos antropológicos puros não cruzados e uma maioria – os mestiços brasileiros – distribuída por um número variado de classes e grupos. As raças branca, negra e vermelha

3. O projeto de Nina Rodrigues é resumido por Vera Malaguti Batista como a “patologização dos africanos” (2014, p. 160). E na nota de rodapé 359 refere-se a Zaffaroni e a seu espanto causado por uma criminologia lombrosianamente racista inventada na Bahia negra.

ou indígena integrariam o primeiro grupo; e, no segundo, estariam os mulatos – divididos em mulatos dos primeiros sangues, mulatos claros e mulatos escuros –, os mamelucos ou cablocos, os curibocas ou cafuzos e os pardos. Depois de discorrer sobre como esses grupos se mesclaram, Rodrigues (1938, p. 144 e seguintes) concentra seus esforços para apresentar essa população sob o ponto de vista daquilo que denomina de psicologia criminal, destacando apenas três grupos: negros, índicos e mestiços. A questão posta em relação aos dois primeiros é se somente alcançariam a condição de homens civilizados se houvesse a domesticação do indígena e a submissão do negro (1938, p. 147); em relação ao mestiço, a hipótese é de que a criminalidade ligada a esse grupo teria um fundo biológico e sociológico de caráter degenerativo (1938, p. 216). Uma parte – importante – das conclusões de Rodrigues pode ser vista no seguinte excerto:

A conclusão paradoxal a que cheguei na última conferência é de um rigor logico indiscutível. Ella se comprehende. A civilização aryana está representada no Brazil por uma fraca minoria da raça branca a quem ficou o encargo de defendel-a, não só contra os actos anti-sociaes – os crimes – dos seus proprios representantes, como ainda contra os actos anti-sociaes das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes no conceito dessas raças, sejam ao contrario manifestações do conflito, da luta pela existencia entre a civilização superior da raça branca e os esboços de civilização das raças conquistadas ou submetidas. (RODRIGUES, 1938, p. 218-219)⁴

Não precisa muito esforço para perceber na Escola Positiva o ranço de uma superioridade racial. E a obra de Nina Rodrigues, no Brasil, aqui entre nós, é expressão viva desse pensamento. Mas, o positivismo influenciou também um outro tipo de teoria que se desenvolveu em relação à criminalidade. Referimo-nos aqui às teorias psicanalíticas.

Apesar de haver outros nomes, é o de Sigmund Freud (1856-1939) e sua teoria da psicanálise que trará contribuições quanto ao comportamento do criminoso e à sociedade criminosa e punitiva. Anitua registra que, num primeiro momento, as contribuições de Freud “serviriam para reforçar os estudos positivistas, que se alimentariam de sua teoria psicanalítica sobre o indivíduo delinquente para explicar as causas de sua conduta desviada” (ANITUA, 2008, p. 397). As raízes da análise freudiana no âmbito criminal têm relação com sua teoria da neurose (uma doença individual). Tanto a

4. Transcrição do original conforme ortografia da época.

neurose quanto o desenvolvimento psicanalítico da concepção de sociedade punitiva a um só tempo, conforme Baratta (2002, p. 50), representam uma radical negação do conceito tradicional de culpabilidade e colocam sob questionamento o princípio da legitimidade e a própria legitimação do direito penal. Contudo, como é possível notar, o elemento etiológico ainda permanece como um fantasma.

Os questionamentos que podem ser apresentados à Escola Positiva e a todos os seus desdobramentos naquilo que se refletiu no âmbito da Criminologia são muitos. Salta aos olhos o viés racista da abordagem. O “homem delinquente” nada mais seria que o “diferente”, logo, o que pertence a uma outra “raça” no sentido de “anormal”. A descrição apresentada por Lombroso do “delinquente nato” é reproduzida por Anitua como aquele que tem “orelhas de abano, cabelos abundantes, barba escassa, seios frontais separados, mandíbula enorme, queixo quadrado ou saliente, pomos largos, gesticulação frequente” (ANITUA, 2008, p. 299), e que seria semelhante a um mongol ou negroide. Rodrigues (1938), em terras brasileiras, faz descrições pormenorizadas sempre em caráter depreciativo do índio, negro, mestiço, pardo, mameluco, entre outros perfis, a ponto de nos perguntarmos sobre quem restaria excluído desses grupos?

A apresentação dessas teorias criminológicas como verdades científicas serviu para encobrir o discurso racista e discriminatório engendrado por uma minoria. Mas, além disso, obscurecia e inviabilizaria o olhar mais adequado ou mais deslocado sobre a questão envolvendo o criminoso e a criminalidade, isto é, os mecanismos de criminalização que estão presentes no âmbito das relações sociais e não num tipo biológico-hereditário-psicológico de criminoso identificável cientificamente, segundo o modelo positivista ou psicanalista.

3. SEGUNDO ENCOBRIMENTO CRIMINOLÓGICO: DO INDIVÍDUO EM SI MESMO PARA AS RELAÇÕES SOCIAIS – O PADRÃO BINÁRIO-SOCIOLÓGICO

O modelo criminológico de orientação biológica (e psicológica) foi revisto pela perspectiva sociológica que trouxe para o âmbito da Criminologia uma nova maneira de olhar os temas por ela estudados. Essa abordagem social que, posteriormente, ganhou contribuições anglo-saxãs de monta (EUA e Inglaterra), ditas também *funcionalistas*, teve em Emile Durkheim (1858-1917), com a publicação de *Les règles de la méthode sociologique* (1895), seu maior precursor e fundador. Houve uma busca por um distanciamento de interferência de ciências médicas para uma aproximação do pensamento sociológico. O cenário visto nos primeiros anos do século XX mostra a presença de um novo tipo de especialista, o sociólogo. A ele caberá a tarefa de substituir o médico, o

jurista, o filósofo e o teólogo (ANITUA, 2008, p. 405). A presença do sociólogo será logo sentida na Criminologia.

Não há espaço aqui para apresentar os diversos autores e obras dessa perspectiva sociológica, mas, certamente, foi Emile Durkheim quem forneceu o suporte necessário para que Robert Merton, sociólogo americano, desenvolvesse, algum tempo depois das primeiras reflexões sociológicas quanto à criminalidade, a teoria da anomia nos finais dos anos de 1930. Uma obra importante de Durkheim foi *Le Suicide*, publicado em 1897, porque, a partir da análise das causas do suicídio, ensejou o surgimento de uma nova corrente sociológica, a funcionalista, segundo a qual a realidade do indivíduo é diferente da realidade social, que pode ser analisada de forma distinta a partir de funções e normas. Embora Durkheim apresente outras causas para o suicídio, na obra de 1897, o conceito que se sobressai é o de anomia ou o vazio normativo. A ideia central é a de que a sociedade não viabiliza os meios necessários para que o indivíduo alcance aquilo que ela mesma exige; e quando isso ocorre, a resposta do indivíduo dá-se por meio do suicídio. As sociedades atuais que exigem consumo e competitividade são bons exemplos disso. A explicação dada por Durkheim para o suicídio também abriu a possibilidade de explicação para outros desvios, entre os quais a criminalidade (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 72-73).

Baratta (2002, p. 59-60) denomina de “teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia” a que decorre dos trabalhos de Durkheim, e é desenvolvida por Robert Merton, cujos fundamentos são três: a negação do paradigma biológico, psicológico e antropológico como o clima, a raça, algum tipo de patologia etc.; toda estrutura social apresenta desvios e, por isso, esses desvios não são anomalias sociais, mas elementos comuns (normais) que integram a estrutura social; a negatividade do desvio somente surge quando determinados limites são ultrapassados, isto é, passa a haver uma ameaça para a existência e o desenvolvimento da sociedade a ponto de surgir um momento de perda de valor das regras e outras ainda não se estabeleceram *anomia*).

Não há dúvida de que houve uma virada teórica importante no âmbito da Criminologia. Um giro que, embora de maneira deficiente, porquanto preso a causas e efeitos, trouxe uma nova perspectiva sobre o comportamento delitivo:

(...) uma teoria que opera como a teoria da anomia supera o limitado marco das explicações da conduta desviada oferecidas pelas teorias biológicas e de socialização. A origem do comportamento delitivo não radica no indivíduo em si, nem nas pessoas que estão a seu redor, e mais, não se situa em pessoa alguma, mas nas relações estruturais. O sujeito não se converte em delinquência enquanto partícipe ativo do processo de interação social, mas como

produto ou vítima das estruturas socioculturais. É a anomia social e a dissociação entre estrutura social e a cultural que determinam os desvios e que impõe o delito aos indivíduos. (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 75)

Apesar disso, Anitua (2008, p. 439) nota que as contribuições de Durkheim, nem por isso, seriam, de fato, rupturas com o que se produziu em termos de pensamento criminológico. É que no modelo biopsicológico, as causas e efeitos estavam vinculadas ao indivíduo (o delinquente, o criminoso, o diferente), e aqui continua a mesma investigação das causas e efeitos, contudo, muda o enfoque do indivíduo para a sociedade. Durkheim não estava preocupado em comportamentos de pessoas individualmente consideradas, mas nas forças sociais que se aplicariam sobre aquelas. E foi essa sua postura que gerou o debate com os positivistas e sociólogos de sua época.

Se passarmos a ver como a criminalidade tem relação com a estrutura social e não com o indivíduo em si mesmo, olhar para esse ponto (importante) pode, por outro lado, fazer com que não notemos o quanto são deficientes as elaborações sistemáticas teóricas sobre os seguintes aspectos: os conhecimentos sobre as estruturas sociais e as condições de interação da delinquência, as meras conjecturas sobre o conjunto de relações anômicas e a desorganização familiar e a limitação de análise teórica quanto a tipos específicos de criminalidade (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 88).

As teorias criminológicas socioestruturais, ilustradas neste tópico, apresentam bases comuns, de acordo com Baratta (2002, p. 85). Existe uma ênfase sobre a socialização e os defeitos de socialização. A exposição de indivíduos àqueles defeitos não está tanto na órbita de disposição de cada pessoa, mas diferenciações de contatos sociais de envolvimento em subculturas. Essas diferenciações, por sua vez, dependem dos diversos fatores decorrentes da estrutura social. O comportamento conforme à lei, o esperado, não é diferente, em certa medida, da adesão a comportamentos ditos “criminosos”.

Se a teoria da anomia procura demonstrar o comportamento (o desvio) de indivíduos em face da não outorga de meios necessários na esfera das relações sociais, portanto, não no indivíduo, mas nos outros, não consegue fornecer uma explicação adequada da atitude da grande maioria que insiste em agir conforme a lei. A crítica de Muñoz Conde e Hassemer (2008, p. 78-79) é a de que essa teoria não responde por que há resistência ou valor em alguns indivíduos, na medida em que sua preocupação reside não em disposições individuais, mas nas leis sociais, o que significa dizer, em última instância, que a teoria da anomia trabalha com estereótipos. Embora válida como teoria social, falha no caso individual.

Não só essas teorias socioestruturais, mas também as biopsicológicas repousam numa investigação etiológica. E, mais que isso, elas estão presas a uma maneira binária de pensar a partir de padrões como o delinquente e o não delinquente, o igual e o diferente, o normal e o anormal, a população delinquente e a não delinquente, o indivíduo e a sociedade, a presença de regras e a ausência delas (anomia), enfim, causas e efeitos. Se deixarmos de olhar para o indivíduo e passarmos a olhar para as estruturas sociais, simplesmente nos restringiremos a uma perspectiva de ver o que se nos apresenta, isto é, um viés limitado por um aspecto (as estruturas sociais). Os fenômenos humanos são bem mais complexos a ponto de uma perspectiva ser sempre incapaz de possibilitar um horizonte mais ampliado sobre a coisa. A esquina onde nos colocaram as teorias socioestruturais nos permite uma vista que elas mesmas nos possibilitam, enquanto os outros ângulos permanecem como pontos cegos (encobertos) e carentes de perspectivas.

4. TERCEIRO ENCOBRIMENTO CRIMINOLÓGICO: DA DEFESA PARA A REAÇÃO SOCIAL – O ETIQUETAMENTO E SEUS LIMITES

Mudar de um modelo de defesa social para um de reação social é uma alteração drástica. Sabe-se que é muito mais difícil elaborar perguntas que oferecer respostas. O que faz o *labeling approach* é lançar novas perguntas como pontos de investigação para a Criminologia. Se antes as teorias, exemplificadas acima pela Escola Positiva e pelas teorias socioestruturais, estavam presas a esquema binário de causas e efeitos, agora as questões listadas por Baratta (2002, p. 88) são: quem é definido como desviante? Que efeito decorre dessa definição sobre o indivíduo? Em que condições esse indivíduo pode se tornar objeto de uma definição? Quem define quem?

Os primeiros autores e obras que promovem essa releitura da Criminologia são Howard Becker, *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, de 1973; Erving Goffman, *Stigma: notes on the management of spoiled identity*, de 1963; Dennis Chapmann, *Sociology and the stereotypy of the criminal*, de 1968; Edwin Lemert, *Human deviance, social problems and social control*, de 1967, e outros.

Enquanto as teorias criminológicas até então estavam preocupadas em buscar respostas para perguntas sobre as causas da criminalidade a partir de uma perspectiva etiológica – como: quem é criminoso? O que leva alguém a ser um criminoso? Como controlar um criminoso? –, o *labeling approach* volta-se para as agências oficiais e sociais, o que significa investigar sobre processos de formação daquilo que passa a ser tido como o “desviante”, isto é, sobre qual pessoa recai a etiqueta como uma qualidade atribuída a comportamentos e a

pessoas, bem como inquire sobre o poder da sociedade, por meio de determinadas agências, que lhe confere essa capacidade (poder mesmo) de atribuição. A ação das agências oficiais é, finalmente, exposta desde a elaboração das normas criminalizadoras e “abstratas”, a chamada criminalização primária, até a ação das instâncias oficiais (polícia, ministério público e judiciário), que aplicam aquelas normas selecionadoras de comportamentos nos indivíduos selecionados de maneira complexa por essas instâncias. Não são mais investigadas as causas da criminalidade, mas as condições e causas da criminalização. Vários temas ligados ao direito penal são questionados, como é o caso da prevenção e da concepção reeducativa da pena, pois, diversamente do que essas teorias da pena apregoam, a pena promove mesmo é uma consolidação da identidade desviante (BARATTA, 2002, p. 88-90).

Um fato que sempre ocorreu, mas que veio à tona de maneira escancarada a partir do giro criminológico realizado pelo *labeling approach*, é que o etiquetamento recai, quase sempre, na grande maioria dos escolhidos, sobre as classes menos favorecidas. Não é preciso muito esforço para perceber isso. Basta analisar os eleitos pelo aparato policial, os denunciados pelo Ministério Público, os acusados nos processos judiciais e os que estão recolhidos em estabelecimentos prisionais. Embora desde longa data seja apregoado que a lei é “abstrata”, o mito da igualdade perante a lei penal foi desmascarado faz tempo⁵.

Os estudos realizados por Wacquant (2011, p. 91) desnudam o discurso político e midiático sobre as prisões americanas, que estariam cheias de criminosos perigosos, quando, de fato, estão repletas de pequenos delinquentes e, mais especificamente, de toxicômanos. Esse número representa a fração estarecedora de 3/4. Os “vulgares” condenados e recolhidos nas prisões da Califórnia têm envolvimento com drogas, furto, roubo ou simples atentado à ordem pública. E, mais, são, em regra, oriundos da classe trabalhadora, de famílias do

-
5. Sobre esse questionamento, o registro feito por Pedrinha vale por si: “De texto escrito na *Gazeta Renana* advém mais uma importante reflexão marxista sobre o processo de criminalização. Pois, em uma região remota da Alemanha, na Renania, frequentemente os camponeses recolhiam troncos das árvores, caídos no chão, nos bosques privados, que lhes serviam de lenha no interno, para aquecimento. En tretanto, os proprietários aprovaram um novo porjeto de lei, a 6ª Legislatura do Parlamento Renano, que continha a criminalização da conduta de recolhimento da lenha, passando a ser considerada furto, crime punido com trabalhos forçados; além de elevarem o preço da lenha. Desse caso emblemático surgiu a crítica de Marx ao mito do Direito Penal igualitário. Asseverou não ser a lei penal representação da vontade geral, mas sim da classe detentora da propriedade” (PEDRINHA, 2014, p. 278-279).

subproletariado, pessoas não brancas, atingidas diretamente pela pobreza. Em 1998, o número de presos condenados por crimes não violentos superou a casa de um milhão. Desse número, 60% são negros ou latinos, menos da metade tinha emprego em tempo integral e 2/3 são de famílias que tinham renda inferior à metade do limite de pobreza.

Esses dados colhidos de um dos maiores sistemas prisionais do mundo falam por si. A clientela do sistema penal é selecionada criteriosamente. Desse processo participam as agências oficiais e não oficiais, desde a criminalização primária até a secundária, por órgãos que se apresentam como imparciais no cumprimento da lei (polícia, ministério público e judiciário). Para dar um exemplo mais específico, o juiz penal tem participação direta nesse processo quando exara uma sentença constituidora de um novo status para o sentenciado. O ritual de passagem pelas agências policiais já é uma forma de rotulação. Em quase todos os casos, o ministério público chancela o trabalho policial e o juiz, por intermédio da sentença, anuncia definitivamente o rótulo àquele indivíduo, a esse status que lhe foi atribuído.

A Nova Criminologia, inaugurada pelo *labeling approach*, em contraposição à Velha Criminologia até então exposta, denuncia que a criminalização é, antes de tudo, uma estigmatização. As instâncias formais de controle lançam rótulos, etiquetam, estigmatizam e, com isso, expressam o que seria a criminalidade. O papel do juiz como “criador do direito” encontra expressão na sua atividade penal na medida em que, como se pensa, interpreta e aplica a lei penal aos casos que lhes são submetidos, mas o resultado disso é a chancela, em quase todos os casos, daquilo que foi apresentado ao ministério público pelo trabalho policial⁶. Esse é um processo complexo de rotulação, que tem seu ápice com o cumprimento da pena.

-
6. Essa seleção fica evidente em vários tipos de ações realizadas pelas agências de controle. Uma delas e bastante notória, que é apresentada com frequência nos casos policiais e em audiências judiciais, é a abordagem policial que parte simplesmente pela chamada “atitude suspeita”, que não possui nenhuma previsão legal nem critério objetivo. Esse é um juízo subjetivo do policial que analisa uma determinada situação e a partir de sua “experiência”, que nada mais é que uma maneira de encobrir seu modo de etiquetar, identifica o que é suspeito e o que não é suspeito. Não precisa fazer muitas digressões para saber quais serão as situações tidas como suspeitas entre um indivíduo branco e um negro, um rico e um pobre, um bairro de classe média ou alta e um bairro de periferia, e assim por diante. Outro exemplo pode ser visto nos casos envolvendo crimes de tráfico de substância entorpecente nos quais a maneira da abordagem, o procedimento de revista, a busca pela substância entorpecente e a forma como ela é encontrada são muito parecidos nos diversos casos apresentados

Temos a impressão de que o *labeling approach* promoveu um verdadeiro “giro criminológico”; foi um divisor de águas entre o antes (as narrativas criminológicas até então desenvolvidas) e o depois, isto é, a maneira de indagar os problemas criminológicos. Apesar disso, existem limitações, que vamos nominar aqui de encobrimentos, próprias das teorias da rotulação ou do etiquetamento.

A crítica de Baratta (2002, p. 211-212) está assentada num tripé. A teoria do etiquetamento, num determinado aspecto, presta-se a ocultar situações socialmente negativas, pois, embora a criminalidade deva ser avaliada como fruto de processos de definições, a realidade social não pode ser esquecida; não raras vezes, são exatamente essas situações negativas no plano social que servem de critério objetivo para aquelas definições. Já sob a perspectiva dos efeitos da pena, que são estigmatizantes tanto quanto outras modalidades de intervenções oficiais, o que daria ensanchas à “radical não intervenção” pode impedir a reflexão e o desenvolvimento de outras modalidades de intervenções que sejam adequadas e justas. E focar os estudos sobre setores específicos e majoritários quanto à criminalidade, que têm expressão máxima nas camadas mais baixas da sociedade, como se vê nas pesquisas de Wacquant (2011), produz dois grandes problemas: essas camadas terão cada vez mais consolidado o seu estereótipo, e outros tipos de comportamentos, também negativos socialmente, não receberão a atenção devida, como é o caso da delinquência do colarinho branco.

É possível perceber um fio condutor que denota avanços (ou descobrimentos) na elaboração das teorias criminológicas. Partimos de um modelo centrado no indivíduo, sob os vieses patológico, psicológico e antropológico, para uma leitura a partir das relações sociais, até avançarmos para os próprios processos de criminalização. Contudo, como antes visto, em todos esses modelos algo ficou submerso. A contribuição do *labeling approach* foi tal que promoveu o que aqui chamamos de “giro criminológico”, ao possibilitar novas perguntas, mudar o paradigma da defesa social para a reação social, propiciar uma abordagem criminológica mais abrangente, que vai desde a criminalização primária até a secundária e, entre outros aspectos, centrar seus esforços nos processos mesmos de criminalização.

Porém, as críticas a que não está imune o *labeling approach* apontam que os encobrimentos permanecem noutros níveis. É como se o fenômeno da

ao ministério público e aos juízes. A prova, nesses casos, em regra, restringe-se aos depoimentos dos policiais. A facilidade que se nota em rotular alguém sob a alegação de cometimento do crime de tráfico de substância entorpecente salta aos olhos.

criminalidade possuísse vários níveis de encobrimentos, os quais vêm sendo removidos a cada nova formulação que se apresenta. O que fez o *labeling approach* foi afastar ocultamentos e permitir uma visão mais adequada de camadas até então submersas e não postas a descoberto pelas teorias anteriores. Mas, mesmo assim, seria possível dizer que a elaboração da maneira de pensar sobre o rótulo ou o etiquetamento acabou gerando outros esquecimentos, que nada mais são que rótulos pela omissão, etiquetamentos pelo esquecimento (ou pela falta do horizonte que a visão não permite), como é o caso das condições sociais desfavoráveis e a criminalidade do colarinho branco (*white collar*)⁷.

5. QUARTO ENCOBRIMENTO CRIMINOLÓGICO: AS RELAÇÕES SOCIOECONÔMICAS, AS CLASSES, A PERIFERIA E OS LIMITES DE UMA TEORIA

Se o *labeling approach* promoveu uma ruptura com as teorias anteriores a ponto de haver uma mudança de paradigma da defesa social para a reação social, a chamada *Criminologia Crítica*, que possui apresentações teóricas bastante diversificadas, mas que aqui não serão levadas em conta, também pretendeu ser um *divortium aquarum* em relação às pretéritas, que são tidas agora como “tradicionais”. Essas distinções podem ser resumidas nos seguintes aspectos:

O desenho dessa criminologia crítica mostra o contraste com a criminologia tradicional: primeiro, desloca o enfoque teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e institucionais, do desvio; segundo, muda o interesse cognoscitivo das causas (etiologia) para os mecanismos de construção da “realidade social” do desvio, especialmente para a criação e aplicação das definições de desvio e o processo de criminalização; terceiro, define criminalidade como *status* atribuído a determinados sujeitos através de dupla seleção: dos bens protegidos penalmente nos tipos penais e dos indivíduos estigmatizados no processo de criminalização. (SANTOS, 2002, p. 14-15)

-
7. Esse tipo de criminalidade (*white collar*) é contextualizado por Zaffaroni no âmbito da experiência latino-americana em meio a outros tipos de delitos para os quais os setores penais são incapazes: “(...) a experiência latino-americana, demonstrando a incapacidade dos setores penais para resolver os conflitos gerados pela poluição, pelo *white collar*, pelos crimes econômicos e de trânsito, afasta qualquer pretensão neste sentido. Até agora, em relação aos crimes de poluição, *white collar* e crimes econômicos – crimes de poder – existe uma inoperância geral de nossos sistemas penais que, nos poucos casos em que atua, é instrumentalizado como meio de eliminação competitiva, deixando vulneráveis os menos poderosos” (ZAFFARONI, 2001, p. 108).

A criminologia crítica, expressão aqui utilizada num sentido mais estreito⁸, colhe frutos do *labeling approach* e avança numa releitura mais radical, com um forte fundamento marxista⁹, das questões próprias da Criminologia. Como este trabalho não almeja apresentar de maneira específica cada teoria criminológica, mas apontar, a partir de exemplos de narrativas, como alguns discursos serviram para encobrir outras realidades, vamos subdividir este tópico para falar, num primeiro momento, da *Criminologia crítica*, mais especificamente a partir de Baratta (2002), e depois destacar a *Criminologia latino-americana*, filha da primeira e que tem pretensões de narrativa própria¹⁰.

8. Vera Andrade, em singular artigo intitulado *Da recepção da Criminologia Crítica na América Latina e no Brasil à construção da(s) Criminologia(s) Crítica(s) latino-americana(s) e brasileira(s)*: em busca da latinidade criminológica, esclarece que, em sentido estrito, “Criminologia Crítica designa o modelo antes enunciado, sobretudo por Alessandro Baratta e Massimo Pavarini”, referindo-se a um modelo criminológico da reação social, centrado, fundamentalmente, nas correntes marxistas. Prossegue a criminóloga gaúcha explicando que, “em sentido lato, Criminologia crítica designa o conjunto das teorias integrantes desse movimento crítico; a ‘radical’, a ‘nova’, as latino-americanas (‘da libertação’, ‘de raízes’, ‘dialética’ etc.). Ainda, Criminologia crítica, em sentido lato, pode designar toda Criminologia desenvolvida com base no paradigma da reação social, inclusive as que não aderiram ao marxismo (‘realismo jurídico-penal marginal’, ‘sociologia do controle penal’)”. (ANDRADE, 2012, p. 95).
9. Quanto às influências marxistas da Criminologia crítica, Pedrinha (2014, p. 277-280) faz uma breve exposição sobre Marx e como sua produção intelectual contribuiu para uma nova maneira crítica de analisar a realidade concreta a partir da luta de classes, da luta contra o Estado, da luta contra o sistema de produção. Sua perspectiva sociológica com ênfase nas forças produtivas e nas relações econômicas levou-lhe a formular uma dura crítica ao mito do “direito penal igualitário”, pois as relações materiais expressam as relações de desigualdades. Foi sobre a base dos escritos de Marx que se desenvolveu uma teoria da criminalidade fundada no *Direito de Classe* e na *Justiça de Classe*. A Criminologia crítica busca suas bases teóricas também nas proposições da teoria marxista, inclusive nos seus aspectos metodológicos.
10. É importante destacar que nem todos estão de acordo em ser a *criminologia latino-americana* reprodução dos saberes dos grandes centros. Os comentários de De Castro ao trabalho de Del Olmo deixou isso bem nítido: “Recentemente apareceu um livro [refere-se a Del Olmo, 2004] que pretendeu, contraditoriamente, ser o testemunho da América Latina e de sua criminologia. Dissemos ‘contraditoriamente’ porque o livro todo está orientado no sentido de demonstrar que não existe uma criminologia latino-americana, mas uma transnacionalização do saber criminológico e portanto do controle social), de acordo com os modelos impostos pelos centros de poder localizados nos chamados países centrais, dos quais as sociedades científicas internacionais seriam os instrumentos de ordem e penetração” (DE CASTRO, 2005, p. 20). Para a mesma De Castro (2005, p. 21), a criminologia latino-americana deve assentar-se

5.1. *Criminologia crítica e crítica criminológica (a “crítica” neurocriminológica): distinções*

Queremos, de início, destacar que nossa análise aqui está voltada estritamente ao que se denominou de “Criminologia crítica” decorrente, principalmente, das análises feitas pelo criminólogo italiano Alessandro Baratta, conforme adiante será dedicado espaço mais específico. É necessária essa observação para distingui-la (a criminologia crítica) da crítica criminológica. Na verdade, toda teoria criminológica – e as que foram até aqui expostas exemplificativamente não fogem disso – tem um viés crítico em relação às anteriores, seja numa tentativa de superação, seja de complementação. É nesse sentido que Sozzo (2014, p. 82) consigna a crítica de Huertas quando este afirma que existe uma *criminologia crítica na América Latina*, o que não quer dizer que haja uma *criminologia crítica latino-americana*.

Essa distinção é importante porque, como dito, cada proposta criminológica tem um viés crítico. O que pretendemos aqui neste escrito não foge disso. Mais recentemente, para dar um exemplo de data mais próxima, têm obtido relevante desenvolvimento os estudos da neurocriminologia¹¹, que surge como “inovadora” ou “crítica” no sentido de novas descobertas e perspectivas para a investigação criminológica. Exemplificamos o tema com o artigo de Occhi, Martinez e Moya-Albiol (2015), que analisam o comportamento da figura do *serial killer* a partir da neurocriminologia, embora esses autores reconheçam (2015, p. 79) que na Itália a posição da neurocriminologia é muito crítica. A razão para isso é a rejeição da tese de que indivíduos teriam uma predisposição para a prática de crimes, estabelecendo-se, assim, de maneira inevitável a relação entre a neurocriminologia e Lombroso.

Contudo, se, para consignar a crítica de De Castro (2005, p. 45), em Cuba, Israel Castellanos realizou estudos sobre o desenvolvimento e o peso da mandíbula e da mão do criminoso no início do século XX, com a neurocriminologia¹² temos a apresentação de “novas ideias” sobre antigos ideais, conforme a

sobre a realidade sociopolítica concreta do continente, isto é, deve atentar para cada sociedade, cada momento histórico e cada conjuntura específica.

11. Remetemos à leitura de Raine (2015) para maiores aprofundamentos sobre a neurocriminologia.

12. A relação entre as condições orgânicas e físicas da pessoa humana que geram a inimputabilidade penal e as cerebrais é inevitável à primeira vista e justificam o investimento e a pesquisa nessa “nova” área de investigação, na medida em que a *neurocriminologia* é “o conjunto de especulações sobre o cérebro de um criminoso, ou

abordagem percuciente feita por Augusto (2010), que reconhece a importância das investigações, mas ao mesmo tempo externa suas preocupações com um tema antigo, que é a *medicalização da sociedade* num tipo de vínculo que se estabelece com as racionalidades médicas do século XIX, que têm o criminoso como o objeto da investigação. Antes, as feições da face, os ossos do corpo e outros caracteres fisiológicos, agora, o cérebro. É a ressurreição da *frenologia*¹³ no âmbito criminológico sob a forma de crítica criminológica ou de novas descobertas científicas. O que, de fato, está em jogo com a neurocriminologia, sem prejuízo da liberdade das investigações médicas com o uso das novas tecnologias, é o controle social, a fim de que o corpo social seja “sadio”, evitando-se, assim, a propagação do *mal* pela contaminação dos indivíduos “saudáveis”, que, atualmente (ou num futuro próximo), seria possível identificar *digitalmente* (AUGUSTO, 2010, p. 68). Esse discurso já é de longa data muito conhecido e rechaçado pela crítica criminológica. Portanto, não é desse tipo de “crítica” que tramos aqui. Pressupomos, diversamente, a superação do paradigma que pauta esse tipo de abordagem com roupagem de novidade tal qual visto anteriormente.

A criminologia crítica adota outro paradigma e se inspira em fundamentos teóricos diversos. Seu progresso, conforme Santos, estaria na passagem da “descrição” para a “interpretação” da desigualdade real entre os indivíduos com a finalidade de mostrar o caráter seletivo dos processos de criminalização (2002, p. 15), resta saber até que ponto há, de fato, uma diferenciação na perspectiva “interpretativa” da criminologia crítica em relação à perspectiva “descritiva” da criminologia tradicional. Os dois blocos teóricos apresentam visadas interpretativas que produzem descobrimentos e, ao mesmo tempo, encobrimentos. O que queremos dizer é que todas as narrativas criminológicas

sobre a *mente criminosa*, acompanhando o processo de ‘cerebralização’ em que nossa cultura está imersa” (AUGUSTO, 2010, p. 68).

13. A chamada *frenologia criminológica* nasce com a afirmação da classe burguesa nos Oitocentos e o interesse em se descobrir no cérebro humano suas partes e as respectivas funções desempenhadas por cada uma. Augusto assim resume: “Com a consolidação da sociedade burguesa nos anos oitocentos e a promessa de certezas trazidas pelos *doutores* dos estudos biológicos, construiu-se uma tradição ocidental europeia de pensamento com perspectiva localizacionista: busavam-se os pontos do cérebro que denunciavam as atividades mentais e a separação por zonas catalogadas como responsáveis pelo comportamento humano, tanto no aspecto sensório-motor quanto nas sensações intuitivas, emocionais, (ir)racionais etc. Tal doutrina, divulgadora da noção de que várias partes cerebrais possuíam distintas funções mentais, comportamentais e fisiológicas, é hoje conhecida como ‘frenologia’” (AUGUSTO, 2010, p. 49).

são importantes, mas a tarefa mesma do criminólogo como intérprete está em expor suas leituras sob a forma de narrativas preocupadas com a margem, a superfície e o submerso de si e dos outros.

É do próprio Baratta (2002, p. 209) a assertiva de que a Criminologia crítica compreende “um campo muito vasto e não homogêneo de discursos” que se contrapõe à antes referida “Criminologia tradicional” – os saberes criminológicos produzidos antes desse viés crítico-marxista. Enquanto os saberes criminológicos anteriores estavam preocupados com o sistema penal existente e a prática oficial como destinatários e beneficiários, a nova proposta tem nesses dois elementos o próprio objeto dos seus estudos.

A relação com o sistema é crítica; sua tarefa imediata não é realizar as receitas da política criminal, mas examinar de forma científica a gênese do sistema, sua estrutura, seus mecanismos de seleção, as funções que realmente exerce, seus custos econômicos e sociais e avaliar, sem preconceitos, o tipo de resposta que está em condições de dar, e que efetivamente dá, aos problemas sociais reais. Ela se coloca a serviço de uma construção alternativa ou antagônica dos problemas sociais ligados aos comportamentos socialmente negativos. (BARATTA, 2002, p. 215)

As bases marxistas para o desenvolvimento dessa Criminologia, dita radical e crítica, refletem-se na sua pretensão de não ter a função imediata de projeto, mas a de transformação do sistema penal. Isso fica nítido quando Baratta (2002, p. 215-216) sustenta que essa transformação somente será possível se começar pelas próprias relações de hegemonia, a fim de que o interesse das classes subalternas seja efetivamente determinante quanto a uma reforma do sistema penal; e, também, o desenvolvimento de uma “consciência” e de uma “cultura” alternativa das classes subalternas. Essas são condições necessárias para a mudança sob a influência da criminologia crítica.

Nota-se que, apesar de Karl Marx não haver produzido trabalhos específicos sobre o direito a ponto de se poder falar de uma teoria jurídica ou criminológica, exerceu influência fundamental no pensamento criminológico que tem expressão na maneira “crítica” de pensar a criminalidade. Não se pode olvidar, contudo, da contribuição de outros pensadores, também críticos, e em muitos aspectos na mesma perspectiva de Marx, que exerceram para essas mudanças, como é o caso do próprio companheiro inseparável de Marx, Friedrich Engels, e de autores como Georg Lukács e Antonio Gramsci, além daqueles vinculados às gerações da Escola de Frankfurt. Esses dados são relevantes para que se perceba a relação próxima entre criminologia crítica e marxismo. O crime é visto não como algo natural, mas como fenômeno cultural, histórico e temporal,

constituído a partir da desigualdade existente na estrutura da sociedade e das destoantes relações de produção (PEDRINHA, 2014, p. 276).

Tomando impulso na virada criminológica do *labeling approach*, as contribuições (descobrimientos) da criminologia crítica somaram-se às que já vinham sendo oferecidas pelas outras narrativas. As principais podem ser resumidas, seguindo Baratta (2002, p. 161-167), nas seguintes: a) a criminalidade é *status* atribuído; b) há uma seleção dos bens jurídico-penais e dos comportamentos ofensivos a esses bens; c) há uma seleção dos indivíduos estigmatizados; d) há uma distribuição de um “bem negativo”, a criminalidade; e) o direito penal é considerado não apenas no seu aspecto formal, mas como um sistema dinâmico de funções: na produção (criminalização primária), na aplicação (criminalização secundária) e na execução; f) o princípio da igualdade no âmbito do direito penal é tido como mito e criticado veementemente a partir da crítica de Marx ao contrato social (não há igualdade) e ao acesso aos meios de satisfação das necessidades (também não há igualdade); g) as funções do direito penal são vistas sob outro viés: função ativa, que consiste na manutenção da escala vertical da sociedade e na punição de alguns comportamentos que serve para cobrir muitos outros imunes ao processo de criminalização; h) o cárcere é lugar que produz mais desigualdade e que consolida definitivamente a carreira criminoso¹⁴.

Contudo, a questão problemática da criminologia crítica pode ser vista logo no seu nascedouro, na medida em que pretende reunir posições críticas diversas discutidas na época (década de 1970), o que certamente, pelas suas fontes plurais, embora com prioridade para o marxismo, acarreta dificuldades de uma formulação teórica coerente, chegando-se a ponto de se pensar que para ser crítico é necessário deixar de ser criminólogo. A predominância na maneira marxista de perceber a realidade a partir do conflito de classes tem como consequência imediata a incapacidade de perceber outros aspectos da realidade humana em torno da criminalidade. A criminalidade não é apenas fruto de desigualdades sociais ou de submissão do proletariado. É certo que a ferida feita por Marx não pode ser ignorada por ninguém que queira levar

14. Baratta (2002, p. 184-185) fala sobre o cárcere a partir de certos aspectos que confirmam essa desigualdade e consolidação de carreiras criminosas como as cerimônias de degradação no início da detenção (despojamento); o fato de a pena não ter natureza educativa, adaptadora, transformadora; a “aculturação” ou a “prisionalização” (a assunção de atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores típicos do cárcere); e o efeito negativo da “prisionalização” (educação para ser criminoso ou educação para ser bom preso).

a sério uma abordagem crítica. Aqui os descobrimentos foram expostos com toda a força dos escritos marxistas. Contudo, por outro lado, enxergar a realidade numa perspectiva, a partir de um olhar, de um viés, outros encobrimentos permanecem; ainda há coisas abaixo da superfície, como é o caso de outras aberturas teóricas que posteriormente serão promovidas pela criminologia feminista, criminologia *queer* etc. O próprio Baratta (2006a e 2006b) faz um balanço da criminologia crítica e reconhece a necessidade de revisão de muitos de seus fundamentos e proposições.

5.2. *Criminologia latino-americana*

São nas décadas de 1970 e 1980 que se desenvolve na América Latina a Criminologia crítica. Esse é um momento histórico importante para a região, sobretudo, em face de governos autoritários que se instalavam em diversos países. A partir desses primeiros elementos históricos, Pedrinha (2014, p. 296-300) faz referências a registros sobre o surgimento da Criminologia crítica latino-americana, como é o caso da constituição do Grupo latino-americano de criminologia comparada em 1974, do Manifesto da criminologia crítica de 1981 e o surgimento de diversos textos e autores locais que se dedicam à construção de uma teoria crítica com destaques para a Venezuela, Argentina e Brasil¹⁵.

Esse “novo” modo de pensar a Criminologia deveria trazer as peculiaridades da região e seu objetivo maior é a “libertação”. Os problemas logo surgiram e são detectados pontualmente por Sozzo (2014, p. 67-87). A criminologia crítica aqui desenvolvida se apresentou de maneira não unívoca tanto quanto em outros países. Por outro lado, o desejo de rompimento com a velha criminologia europeia e seus autores, igualmente, não ocorreu, pois ainda reina em solo latino-americano um tipo de idolatria pelos autores estrangeiros, o que faz com que haja uma assimilação acrítica dos discursos alienígenas.

Sozzo, por exemplo, faz referência a Novoa Monreal que qualifica Alessandro Baratta como um “profeta” entre nós, assim considerado por aqueles que se dizem criminólogos críticos. A Criminologia latino-americana não tem conseguido demonstrar uma epistemologia própria ou algo semelhante que lhe dê feições específicas como quer ter. O que se vê, na verdade, é uma grande debilidade teórica, eclética e, por ironia, subdesenvolvida.

15. O trabalho mais denso sobre a Criminologia latino-americana, seus autores, a produção bibliográfica, seus dados históricos, seus desdobramentos teóricos etc., é de Rosa del Olmo, “A América Latina e sua criminologia” (2004), para o qual remetemos o leitor.

O que temos de fato por aqui na América Latina? Uma criminologia crítica? Criminólogos críticos? O que nos distingue, no campo do crime/processo de criminalização/pena, de outras regiões do mundo? Se somos distintos do centro, o que nos diferencia, então, das outras periferias? É possível reunir em uma teoria uma extensão tão grande e diversificada como a América Latina? É possível na contemporaneidade pensar numa teoria totalizante e universal, ainda que voltada para a realidade latino-americana? Se essas perguntas carecem de respostas mais satisfatórias, uma coisa parece certa: a proposta principal da criminologia latino-americana é a de desenvolver uma perspectiva a partir da margem, do excluído¹⁶, da periferia, portanto, daquele que permaneceu “encoberto” e agora se mostra. Mas, não haveria mais nada encoberto? O que ainda precisa ser desvelado pela criminologia latino-americana?

O discurso criminológico central ou hegemônico é aquele que vem dos grandes centros. A narrativa latino-americana é da periferia, é a fala do excluído. Pois bem, onde estão as narrativas criminológicas dos que permanecem encobertos por aqueles que se dizem encobertos pelo centro? Onde reside o encobrimento do encobrimento? Queremos aqui nos reportar à necessidade de estudos específicos sobre grupos que são normalmente excluídos pelos excluídos, calados por aqueles que se dizem sem voz, marginalizados pelos que alegam estar à margem. São as mulheres, os negros, os índios, os quilombolas¹⁷, os grupos autóctones em geral, nos mais diversos lugares dessa imensidão que

16. A exclusão aqui deve ser compreendida não como sinônimo de pobreza ou de marginalização, mas como exclusão mesma. Para melhor entendermos a questão, transcrevemos a síntese feita por Giamberardino sobre o pensamento de Milton Santos quanto aos tipos de pobreza nos países subdesenvolvidos: “Segundo Milton Santos já houve, nos países subdesenvolvidos, três tipos de pobreza: (a) a pobreza incluída, enquanto uma pobreza acidental, ‘produzida em certos momentos do ano, uma pobreza intersticial e, sobretudo, sem vasos comunicantes’; (b) a marginalidade, ‘produzida pelo processo econômico da divisão do trabalho, internacional ou interna’; e (c) a pobreza estrutural, hoje predominante, que não é mais local nem mesmo nacional, mas globalizada, consequência de uma ‘produção globalizada da pobreza’”. Para o autor, nos tempos atuais, esta pobreza estrutural globalizada é resultante de um tipo de ação deliberada, produzida de forma científica, globalizada e voluntária. Complementa, ainda, que agora os pobres não são nem incluídos nem marginalizados, mas simplesmente excluídos, acompanhados de um discurso que pretende transformar a produção maciça da pobreza em um fenômeno banal” (GIAMBERARDINO, 2012).

17. *Negros e quilombolas* são apontados aqui como grupos distintos, pois nem todo negro é um quilombola, evidentemente. Os quilombolas possuem regulamentação específica, conforme o art. 68 do ADCT da CF/88, Decreto 4.887, de 20.11.2003, e Estatuto da Desigualdade Racial (Lei 12.288, de 20.07.2010), e constituem o remanescente

é a América Latina. Se quisermos desenvolver uma criminologia latino-americana, devemos nos perguntar, antes de tudo, se esses sem vez e sem voz consideram-se latino-americanos.

6. PROPOSTA DE DESVELAMENTO: POR UMA ÉTICA DA LIBERTAÇÃO, A PARTIR DO RECONHECIMENTO DA VIDA NEGADA

Por mais que os discursos críticos produzidos na América Latina, com pretensões também universalizantes, reconheçam espaços de ruptura marcados pela presença de grupos que carregam especificidades (mulheres, negros, índios, por exemplo), é forçoso convir que a base desses discursos segue sendo a questão econômica, de classe, numa clara vinculação ao marxismo herdado do paradigma da reação social, que importamos do centro.

Por evidente que não se nega validade a esse referencial. Até porque seria ingênuo (e, até mesmo, incorreto) fazê-lo. Qualquer consulta breve a dados estatísticos sobre a população carcerária brasileira, por exemplo, em relação ao seu poder aquisitivo, responderá positivamente à hipótese marxista. Esse não é, pois, o ponto. A questão que se coloca é: para além da inquestionável seletividade econômica, onde (e por que) se encobrem as demais? Elementos como raça, sexo, gênero, para ficar somente nesses, influenciam nos processos de criminalização? Se sim, de que forma?

Seguindo Batista¹⁸, conclui-se que a formação da subjetividade brasileira não pode ser afastada da chaga da escravidão, da forma como o negro foi, constantemente, *negado* pelas classes hegemônicas e de como esse modo de vida foi estruturante e condicionante de toda a nossa formação social até hoje. Isso é de uma importância indiscutível e não pode passar ao largo de uma análise crítica dos discursos criminológicos que, como toda a (boa) crítica, deve ter por desiderato “perseguir uma razão capaz de propiciar a emancipação dos homens”, como sentencia Ludwig (2006, p. 192).

dos quilombos. Travam uma forte luta pela terra e carregam *diretamente* a herança de pertencerem a grupos de escravos que viviam nos quilombos.

18. O negro é aquele que na história brasileira foi, segundo Vara Malaguti, “neutralizado no seu protagonismo, capturado pela sua representação desconstruída esteticamente”, pois, continua Malaguti, na expressão metafórica de Flora Süssekind, é como se sobre o negro tivesse sido posta uma máscara branca no rosto, no corpo e na fala; e noutra, de Sipke Lee, o negro sofreu um sequestro estético, uma vez que ninguém narrou e fez florescer a história de proliferação de imagens do negro (2014, p. 219).

Aqui o diálogo com Dussel é fundamental. Uma escolha teórica que pretende contribuir com a urgência do desvelamento, da exposição, pretende criar condições para um exercício crítico sobre a crítica, embasar um esforço argumentativo capaz de assinalar o quanto a criminologia aqui produzida, na nossa região periférica, ainda traz limitações, freios, que impedem o aparecimento da ferida, em carne viva. *Grosso modo*, para o filósofo argentino (sobretudo por sua nacionalidade periférica, justifica-se a opção por esse referencial), a Europa (e todo o heleno/euro centrismo que carrega) sempre atacou agressivamente as culturas colonizadas (América Latina, África, Ásia), *negando* a existência mesma das subjetividades marginais, que acabaram sendo confinadas na miséria e exploração. De Castro (2005, p. 103) reconhece a importância de Dussel e sua *filosofia da libertação* ao substituir a noção de *classe* pela de *povo*, propiciando uma melhor leitura da dimensão cultural de comunidade e também diferente do materialismo histórico trazido nas entranhas da criminologia crítica europeia¹⁹.

Uma *ética da libertação* procura, fundamentalmente, dar conta de um questionamento sobre a filosofia mesma. Nas palavras de Dussel, “de fato, uma filosofia ‘da libertação’ parece que deveria antes de tudo partir de uma libertação da própria ‘filosofia’” (DUSSEL, 2002, p. 67). Essa a ideia que se pretende reforçar: a do exercício de uma ética da suspeita, de uma necessidade constante de libertação de paradigmas e busca por outros (e melhores) caminhos, dentro do discurso criminológico.

A periferia, como se sabe, foi *negada* desde o início da modernidade. Instituiu-se uma “razão cínico-gerencial”, que está levando o sistema civilizatório ao esgotamento. Na busca por seu conceito de *transmodernidade*, denuncia Dussel que o que vai definir essa nova etapa do sistema-mundo é, exatamente,

19. Apesar disso, a autora é enfática em ratificar que “uma criminologia da libertação como a que propusemos deverá estar baseada no materialismo histórico e tomará elementos da teoria frankfurtiana” (DE CASTRO, 2005, p. 109). Os elementos que lhe interessam nessas duas teorias são: “– a ênfase na crítica cultural, no que afeta a estrutura sócio-política do sistema: uma sociedade com uniformidade cultural é uma sociedade autoritária. Daí nosso interesse também pelo controle informal; – a oposição à sociologia positiva; – a importância da dialética (em vez da explicação causalista) e da totalidade como categorias analíticas e interpretativas, já que ambas contribuem para reconhecer os fatos como realmente são e para dar-lhes sua estrutura significativa; – a importância dada à razão prática ou moral, isto é, à união entre filosofia e ciência; – o que Horkheimer denominou ‘o conhecimento do mundo’, ou, o que é a mesma coisa, o conhecimento dirigido pelo compromisso; – a atitude frente ao poder e a crença nas possibilidades da transformação radical” (DE CASTRO, 2005, p. 110). Nós aqui, contudo, lançamos a proposta de permenecer atrelados a Dussel.

a superação do paradigma da exclusão, “do capitalismo (como sistema econômico), do liberalismo (como sistema político), do eurocentrismo (como ideologia), do machismo (na erótica), do predomínio da raça branca (no racismo), da destruição da natureza (na ecologia), etc.” (DUSSEL, 2002, p. 65).

Essa superação pode e deve ser emprestada aos discursos criminológicos, a fim de que possamos dar conta de que o *paradigma da vida negada* não mais se pode sustentar, sob pena de levar a humanidade a seu total aniquilamento²⁰. E sustentar o paradigma da *vida concreta negada* é encobrir o *Outro*²¹. Mais que o excluir, é simplesmente desconhecer-lo! Ou, pior, fingir que o desconhece. Um fingimento cínico e dilacerante.

Dussel defende que devemos pretender manifestar de forma eficaz a *razão do Outro*, isto é, “do índio assassinado por genocídio, do escravo africano reduzido a uma mercadoria, da mulher vilipendiada como objeto sexual, da criança subjugada pedagogicamente (sujeito ‘bancário’, como a define Paulo Freire)” (DUSSEL, 2005, p. 47). As narrativas criminológicas, por mais críticas que sejam (e nós aqui não escapamos disso), sempre ocultam de alguma forma o *Outro* quando não lhe dá vez e voz. Desvelar, portanto, para os fins deste texto, é um momento de duas etapas: apontar o que está oculto – o *Outro*, o excluído²²; e dar a ele a voz para que ele mesmo produza seus relatos criminológicos. Enquanto isso não ocorrer, os nossos relatos de excluídos (latino-americanos), embora defensáveis para o saber, não deixarão de manter o *Outro* na condição de excluído (sem voz). Para isso, outras medidas são necessárias para que não apenas o direito seja reconhecido, mas para que as possibilidades concretas para o exercício desse direito sejam implementadas. É que para Dussel “[o] Outro é a fonte inicial de qualquer discurso possível, essencialmente ético, e a partir da ‘exterioridade’” (DUSSEL, 2005, p. 49).

20. Ludwig, ao trabalhar o conceito de *vida concreta negada*, afiança que *vida humana* é mais que um direito. É um “critério-fonte”. A vida não é um direito, mas a fonte de todos eles (2006, p. 183 e ss).

21. Esse *Outro* é usado, conforme Dussel (2002, p. 67), para significar o que tem a sua vida negada. O que não é reconhecido, o que é vítima da exclusão da alteridade, mas que, ainda assim, resiste e sobrevive.

22. Para Dussel, os tipos concretos de *interpelação* dos *excluídos* das comunidades *hegemônicas*: a) o *racialmente excluído*; b) a mulher excluída (o “mundo da vida” machista); c) o excluído da comunidade de comunicação dos empresários (o trabalhador assalariado); d) as futuras gerações excluídas (bens ecológicos); e) os excluídos em face do *eurocentrismo cultural*; f) a exclusão que aumenta (a crescente riqueza do capitalismo central do Norte e a crescente miséria do capitalismo periférico do Sul) (DUSSEL, 2005, p. 67-69).

Como falar em uma criminologia crítica latino-americana sem compreender a formação da nossa subjetividade a partir do aniquilamento do negro? Do índio? Da mulher amazônica? Nós que falamos da Amazônia lançamos sobre nós mesmos o questionamento em torno do espaço, ou melhor o não espaço, que tem sido dedicado aos povos indígenas e quilombolas no âmbito da criminologia²³. É esse o ponto que almejamos enfatizar com o desvelamento a partir do “Outro” negado. Em palavras mais nítidas: as abordagens criminológicas têm a pretensão de ser universalizantes mesmo quando elaboradas a partir dos que se consideram excluídos, como é o caso da criminologia latino-americana. Entretanto, entre os latino-americanos existem outros excluídos, entre os quais alguns segmentos têm recebido atenção da criminologia a partir de abordagens mais focadas, como é o caso da criminologia negra e da criminologia *queer* (CARVALHO, 2012).

Apesar desse avanço nessas áreas específicas, ainda assim outros permanecem ocultos nessas abordagens sem receber atenção ou a que seria devida e com o grau de importância que se exige. Por que insistir nessas perspectivas? É que no caso do Brasil – e certamente outros países, principalmente os latino-americanos, têm situações semelhantes – esses grupos têm sido marginalizados ao longo da história. E mais, a nossa história recentemente não está divorciada da história do passado, mas é sua continuidade no que se refere à sua escrita pela mão branca, pois nessa história “não se falaram e se falaram, não foram ouvidos, os negros, os índios, os mulatos, as mulheres e os pobres em geral” (BOFF, 1996, p. 94). É essa *mão branca* (não necessariamente a cor da pele, mas os espaços importantes que ocupa na sociedade) que importa a criminologia crítica dos grandes centros e busca construir uma criminologia crítica latino-americana a partir da *voz dos excluídos*. Todavia, insistimos, entre esses *excluídos*, outros ainda permanecem *excluídos e esquecidos*²⁴.

A questão econômica e de classes, embora própria das regiões periféricas, não é suficiente para responder a todas as indagações que a criminologia

23. Damos destaque a esses dois grupos porque os demais, embora permaneçam como excluídos entre os excluídos, têm recebido atenção de estudiosos, inclusive com produção própria.

24. Vale a pena reproduzir aqui a transcrição feita por Boff de trechos de *O cobrador* de Rubem Fonseca, nos quais o personagem empobrecido da classe média, o *marginal*, diz: “Tão me devendo colégio, namorada, aparelho de som, respeito, sanduíche de mortadela no botequim, sorvete, bola de futebol. Estão me devendo meia, cinema, filé mignon. Estão me devendo uma garota de vinte anos, cheia de dente e perfume... Sempre tive uma missão e não sabia. Agora sei... sei que se todo fodido fizesse como eu, o mundo seria melhor e mais justo” (FONSECA apud BOFF, 1996, p. 98).

dessas bandas precisa fazer. Isso porque, mesmo dentro dessa categorização (pessoas pobres), há um Outro negado. Um negro, um índio, uma mulher, um quilombola. E tantos mais sujeitos sem subjetividade. É possível falarmos de uma criminologia indígena ou de uma criminologia quilombola? Certamente, não só é possível como necessário. A questão é que os textos que têm surgido reproduzem o olhar da *mão branca* de que falou Boff, isto é, são, na perspectiva por nós aqui desenvolvida, os excluídos (latino-americanos) falando de outros excluídos²⁵. Queremos ir além, não para negar essas abordagens, mas para incentivar que eles falem deles mesmos. É a plena legitimidade (inclusão²⁶) de dar a voz, o espaço e a história para o *Outro*. Especificamente no caso de índios e quilombolas, há um fator determinante para esse ocultamento, que De Castro (2005, p. 55) chama de *ideologia ocultadora*, que é a luta pela propriedade da terra, valor essencial ao sistema capitalista, que tem gerado lutas infundáveis e verdadeiros massacres em terras brasileiras, e na Amazônia mais ainda. Não dar voz ao *Outro* (índio e quilombola) é torná-lo sem voz, sem vez, sem história, sem direitos. Nessa perspectiva de *controle*, De Castro (2005, p. 57) tem razão em dizer que o controle social somente é objeto da criminologia – esse modelo que muitos lutam legitimamente para superar – quando sua orientação está voltada para a consolidação do sistema de classes.

As narrativas criminológicas sempre revelam realidades e ocultam outras. É a sina de qualquer proposição, que não é superada pela criminologia dita crítica, nova ou radical, inclusive pela latino-americana. Pensamos que as vias mais próximas de fazer abordagens mais condizentes e menos sacrificantes são aquelas que dão espaço para os grupos excluídos, sejam negros, mulheres, índios, quilombolas etc. A legitimidade dessa abertura será cada vez maior na medida em que eles mesmos façam suas narrativas. Isso nada mais é que a aplicação de um princípio caro para a Filosofia da Libertação, segundo o qual

25. Vide, por exemplo, o texto de Santelli e Brito (2014) que traz importante contribuição sobre a abordagem criminológica e os índios de Mato Grosso do Sul. Por outro lado, em relação aos quilombolas, as incursões criminológicas os inserem num tema mais geral, que é o racismo envolvendo o *negro*. Esse tipo de abordagem é deficiente porque as situações que envolvem o *negro* e o *quilombola* são distintas, a começar pela luta peculiar que travam pelas terras e sua herança direta da escravidão.

26. É uma proposta eminentemente ética na medida em que Dussel “demonstra a necessidade de superação de uma ordem posta, para instauração de uma nova situação onde seja possível a inclusão dos até então excluídos. Para que essa ruptura seja possível, o outro desempenha papel de suma relevância, uma vez que a “libertação” somente acontecerá após o seu reconhecimento como pessoa” (MENDES; PAZÓ; CARVALHO, 2016).

“Liberte *hic et nunc* o oprimido!”, que significa “Faça com que o atingido/excluído também participe!” (DUSSEL, 2005, p. 117). É certo afirmarmos que a identificação dos mecanismos de seletividade e de exclusão tem sido benfeita pela própria criminologia crítica nas suas mais diversas vertentes, a questão é saber se esse sistema deve ser mantido (MENDES; PAZÓ; CARVALHO, 2016). Caso contrário, ao fim e ao cabo, por mais críticos que sejam os discursos, sempre existirão as ranhuras, as fendas, os vãos escorregadios por onde podem passar questionamentos caros ao criminólogo, que o farão andar em círculo, atrás da ponta do próprio rabo...

7. CONCLUSÃO

É a Criminologia uma ciência, um conjunto de discursos ou ensaios? Realmente, essa é uma discussão que pode ou não ter relevância a depender do que se queira dizer com essas terminologias e quais as finalidades desse dito. Parece que não restam mais dúvidas de que o modelo das Ciências Naturais não deve ser mais trazido para servir de apoio ou de cópia para esse âmbito. Há longos debates e teorias sobre isso, que escapam dos objetivos deste escrito. Se a Criminologia é tratada como uma maneira de estudar e, portanto, de interpretar o que se apresenta, sua narrativa precisa atentar não só para o que é dito ou para o que ela mesma diz, mas e principalmente para o que não é dito, para aquilo que está encoberto abaixo da superfície.

O empenho do filósofo – e do criminólogo não é diferente – é “tentar mostrar que, por detrás daquilo que aparece enquanto interpretação, não há um fundamento oculto ao qual se possam remeter as perspectivas, mas que são as próprias perspectivas que manifestam o que vem a ser como aquilo que é” (AZEREDO, 2009, p. 202). Retomando a crítica nietzscheana mencionada na introdução e a constatação de uma infinidade de interpretações as quais consistem em avaliações de perspectivas, bem como a releitura feita por Foucault de que a tarefa interpretativa é sempre inacabada, desenvolvendo continuamente, mas que sempre há ocultamentos (e também enganos), o objetivo da exposição feita ao longo do texto foi a de ilustrar a partir de teorias criminológicas selecionadas como essas narrativas foram construídas em seus aspectos centrais, que verdades foram expostas a partir de suas perspectivas, e também, ao mesmo tempo, chamar para um olhar abaixo da superfície para tornar perceptível outros aspectos de ocultamentos e enganos.

“Há tantas teorias da criminalidade e da conduta desviada quanto explicações que podem ser dadas ao comportamento humano. Nenhuma delas pode pretender uma validade absoluta” (MUÑOZ CONDEZ; HASSEMER, 2008,

p. 307). Com essa tese criminológica escancara-se o problema que procuramos discutir. A criminalidade é fenômeno decorrente da vida humana, qualquer que seja o aspecto que queiramos dar. Sua complexidade e sua diversidade, portanto, suas diversas perspectivas num processo interminável não poderiam estar desatreladas das expressões da vida que se mostram e se escondem a um só tempo.

A tarefa interpretativa e a reflexão criminológica não assentam suas bases num ponto zero ou cego, mas avançam sobre o lançado à procura de novas compreensões não finais, mas diferenciadas. Essa postura, em vez de conduzir a um mundo de incertezas, aponta a necessidade de que sejam elaboradas e reelaboradas interpretações a partir daquelas que se mostram com olhares sobre e sob a superfície.

Não temos aqui a ousadia de lançar uma pretensão de verdade universalizante como que uma narrativa sem ocultamentos, mas chamar a atenção exatamente para essa impossibilidade. Embora a inspiração em Dussel para desenvolver o olhar, a avaliação criminológica a partir do “Outro” não deixe de ter uma pretensão de verdade, se não final (sem enganos), pelo menos mais ampla no seu horizonte e sua verticalidade. O motivo para isso é que a abertura dada pelo reconhecimento do “Outro”, qualquer que seja, mas, sobretudo, aquele que é negado, excluído, vilipendiado, mas que está aí querendo expor sua razão, é uma forma de deixar que o ocultado apareça, que o negado se afirme, que o encoberto se descubra, dando-lhe condições para tal, outorgando-lhe o espaço e a voz, e reconhecendo suas razões.

Os avanços proporcionados desde o “giro criminológico” da reação social até a tentativa de se desenvolver uma criminologia latino-americana são inegáveis em termos de descobrimentos para uma melhor visão da criminalidade (ou, melhor, dos processos de criminalização); contudo, ainda permanecem muitos ocultamentos e negações. Essa é uma questão, antes de tudo, de natureza ética, que parece ser a primeira e fundamental de qualquer análise que se queira fazer no âmbito da criminologia. E nesse ponto, Dussel, inspirado em Emmanuel Lévinas,²⁷ formula uma maneira de pensar a partir daqui, que pode

27. Embora inspirado em Lévinas, a proposta de Dussel é muito distinta em conceitos fundamentais como *alteridade* e *exterioridade*. É que Dussel situa “as categorias da totalidade e da exterioridade para com a realidade histórica de opressão e dominação exercida pelo Norte sobre o Sul no plano sociopolítico mundial, identificando a totalidade como o fundamento de toda a filosofia ocidental. Dentro dessa concepção de totalidade, o ‘outro’ é subsumido e tem sua alteridade ignorada, pois esta só aparecerá em um âmbito não instrumentalizável pelo sistema, ou seja, na dimensão

ser muito útil para as mais diversas perspectivas ou narrativas criminológicas, as quais, no conjunto, propiciarão visões distintas, de ângulos diversos, que abarcarão mais amplamente, ainda que não de forma exaustiva, a realidade (do excluído, do encoberto).

8. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012. (Pensamento criminológico 19)
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- AUGUSTO, Cristiane Brandão. Neurocriminologia: novas ideais, antigos ideais. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, p. 44-72, fev.-maio 2010.
- AZEREDO, Vânia Dutra de. Nietzsche e a interpretação: do mundo ao texto. In: BARRENECHEA, Miguel Angel de et al. *Nietzsche e as ciências*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2011.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARATTA, Alessandro. Balance de una obra esencial. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2006a.
- BARATTA, Alessandro. ¿Tiene futuro la criminología crítica? In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2006b.
- BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. O pensamento criminológico: uma análise crítica. Trad. Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015a. v. I.
- BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. O pensamento criminológico: uma análise crítica. Trad. Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015b. v. II.
- BOFF, Leonardo. A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 93-108, jan.-jun. 1996.

da exterioridade. Daí a defesa de um método analético, no sentido de se partir da exterioridade (para além da totalidade) e da transcendência absoluta do outro” (GIAMBERARDINO, 2012).

- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia *queer*. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 152-168, jul.-dez. 2012.
- DE CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005. (Pensamento criminológico, v. 10)
- DEL OLMO, Rosa. A América Latina e sua criminologia. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004.
- DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- DUSSEL, Enrique. Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão. Trad. Georges I. Maissiat. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2005.
- FOUCAULT, Michel. Nietzsche, Freud e Marx: theatrum philosophicum. *CADERNOS de Teoria e Conhecimento* 1. Porto: Edições Rés, 1975.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Pobreza, culpabilidade e prisão: diálogos entre a ética da liberdade e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 94, p. 15-56, jan.-fev. 2012.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. O martelo das feiticeiras. *Malleus Maleficarum*. Trad. Paulo Fróes. 4. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.
- LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.
- MENDES, Halley Jhason Medeiros; PAZÓ, Cristina Grobério; CARVALHO, Thiago Fabres de. Quem é o adolescente em conflito com a lei? Uma análise da criminologia de menores em uma perspectiva à luz da filosofia da libertação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 124, p. 299-321, out. 2016.
- MÜLLER-LAUTER, Wolfgang. Nietzsche: sua filosofia dos antagonismos e os antagonismos de sua filosofia. Trad. Clademir Araldi. São Paulo: Unifesp, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. Introdução à criminologia. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A gaia ciência. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Sabedoria para depois de amanhã. Seleção dos fragmentos póstumos por Heinz Friedrich. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- OCCHI, Samuel; MARTINEZ, Manuela; MOYA-ALBIOL, Luis. Il ruolo della neurocriminologia nella costruzione di un profilo criminologico dell'omicida seriale. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Bologna, v. IX, n. 2, p. 69-85, mag.-ago. 2015.

- PEDRINHA, Roberta Duboc. Apontamentos sobre criminologia crítica. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 19, n. 21-22, p. 274-319, 2014.
- RAINE, Adrian. *A anatomia da violência: as raízes biológicas da criminalidade*. Porto Alegre: Artmed, 2015.
- RODRIGUES, Nina. As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1938.
- SANTELLI, Igor Henrique da Silva; BRITO, Antonio Guimarães. Da sociologia do desvio à criminologia crítica: os indígenas de Mato Grosso do Sul como *outsiders*. *Revista de Ciências Sociais Unisinos*, São Leopoldo, v. 50, n. 1, p. 65-76, jan.-abr. 2014.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Prefácio: anatomia de uma criminologia crítica. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca de penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A criminologia na pós-modernidade, de Carlos Alberto Elbert – *RCP* 14/369-388 (DTR\2011\1815);
- Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais *critical criminology: current dimensions, meanings and perspectives*, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 104/279-303 (DTR\2013\9088); e
- O futuro criminológico latino-americano: uma breve análise de sua trajetória e primeiros passos no século XXI, de Paulo Freire d'Aguiar – *RCP* 14/389-401 (DTR\2011\1833).

PRISÕES BRASILEIRAS: O DESCUMPRIMENTO DA LEI PELO PRÓPRIO ESTADO

BRAZILIAN PRISONS: ELEMENTS TO REFLECT ON THE FAILURE TO FULFILL THE LAW BY THE STATE ITSELF

CRISTINA ZACKESKI

Doutora em Estudos Comparados sobre as Américas pela Universidade de Brasília (2006). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997). Graduada em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (1993). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Vice-Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (Nevis/UnB) e Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal. cristinazbr@gmail.com

BEATRIZ VARGAS RAMOS

Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (2011). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1994). Graduada em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (1985). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Membro do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (Nevis/UnB), do Grupo Candango de Criminologia (GCCrim/UnB) e do Centro de Estudos em Desigualdade de Discriminação (CEDD/UnB). beatriz.vargas203@gmail.com

Recebido em: 23.04.2017

Aprovado em: 10.08.2017

Última versão dos(as) autores(as): 28.08.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: Neste texto, discutimos a ilegalidade que cerca o cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil e alguns dos principais aspectos a ela relacionados. Procuramos refletir sobre o excesso de prisões provisórias e a superlotação dos presídios, tanto no que se refere aos óbices à construção de novas unidades prisionais quanto nas dificuldades para implantação de estratégias e medidas para evitar prisões desnecessárias. Apresentamos temas polêmicos, como a privatização dos presídios e a utilização da

ABSTRACT: In this text we discuss the illegality that pervades the compliance of the prison terms in Brazil and some of the main aspects related to this situation. We seek to reflect on the excess of preventive detentions and the superpopulation of the detention centres, related to the obstacles that affect the construction of new prison units as well as to the difficulties to implant strategies and measures to avoid unnecessary imprisonments. We present polemical issues, such as the privatization of prisons and the use of electronic

monitoração eletrônica, recuperando alguns aspectos centrais do avanço da indústria do castigo e da vigilância e mostrando suas limitações. O objetivo desta discussão é recolocar os termos da questão criminal mostrando que problemas não serão superados se as ilegalidades por parte do próprio Estado persistirem.

PALAVRAS-CHAVE: Violência nas prisões – Execução penal – Privatização – Monitoração eletrônica.

monitoring, stating some central aspects of the advance of the punishment and custody industries and showing their limitations. The aim of this discussion is to reconsider the conditions of the criminal issue and to show that the problems cannot be solved if the illegalities committed by the State itself persist.

KEYWORDS: Prison violence – Penal execution – Privatization – Electronical monitoring.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os presos provisórios e a superlotação. 3. As dificuldades para a construção de novas unidades, o sucateamento das instituições existentes e suas consequências. 4. O interesse das empresas privadas nos presídios. 5. A dificuldade de implantação das audiências de custódia e o discurso sobre os seus efeitos. 6. A falsa polêmica dos celulares. 7. Quem vai usar/pagar as tornozeleiras?. 8. As soluções fantásticas. 8.1. Realização de audiências por videoconferência. 8.2. O trabalho forçado. 8.3. A via religiosa. 9. Considerações finais. 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nos primeiros dias do ano de 2017 ocorreram centenas de mortes e decapitações em presídios brasileiros, nos Estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte. Rapidamente, a narrativa midiática se concentrou na rivalidade entre “facções” que estariam disputando o poder no interior das instituições prisionais. Um dos fatos que compõe esta narrativa é que o Primeiro Comando da Capital (PCC), cuja origem é em São Paulo, está tentando uma posição hegemônica em Estados que possuem grupos organizados menores e querem manter suas características e dinâmicas locais¹, como é o caso da Família do Norte (FDN) ou do Sindicato do Crime (SDC).

Outro elemento que emerge dessa história de terror é a percepção – tardia – de que muitas prisões não são controladas pelo Estado, pela administração prisional, e sim pelos próprios presos, fato que está relacionado diretamente ao excesso punitivo que caracteriza a dinâmica da imposição do castigo pelo sistema penal brasileiro nas últimas décadas². Dito de forma mais clara, o fato

1. Entrevista de Camila Nunes Dias à CBN. Disponível em: [<http://cbn.globoradio.globo.com/programas/cbn-noite-total/2017/01/16/NAO-EXISTE-POLITICA-PRISIONAL-NO-BRASIL.htm>]. Acesso em: 18.01.2017.

2. Os dados sobre encarceramento estão disponíveis no site do DEPEN/MJ e mostram um aumento mais dramático a partir da década de 1990, tendo havido desde aquele

de não haver espaço para todo mundo faz com que a única “saída viável” seja deixar que os próprios presos administrem o lugar, com maior ou menor nível de privilégios, a depender de sua posição de poder dentro da prisão (espaços são vendidos, alugados, equipados, motivam confrontos etc.). Quem não conhece a situação se assusta ao saber, por exemplo, que presos andam livres entre celas e pavilhões ou que têm as chaves das celas. É uma lei da física: dois corpos não ocupam o mesmo lugar ao mesmo tempo. Essa situação é irregular, mas é cômoda para aquela que deveria ser a administração prisional.

Embora haja efetivamente um excesso punitivo, percebemos que são muito produtivas as reclamações do senso comum por mais punição, e isso pode ter uma razão psicanalítica³, raramente discutida fora do ambiente acadêmico, mas não vem ao caso aprofundar essa discussão neste texto, que tem outro objetivo. O certo é que as pessoas e as instituições que clamam por maior rigor punitivo certamente não têm clareza de que “a prisão é uma instituição fora da lei”⁴. São muitas as ilegalidades em torno das prisões, para além do que se consegue ver na cobertura midiática ou ouvir dos “empresários morais”, em geral, políticos e jornalistas com discursos moralistas e/ou de ódio contra as minorias, falas travestidas de “lei e ordem”⁵. A ênfase desses atores nada tem a ver com a origem do problema – que está no próprio sistema e sobre a qual discorreremos neste artigo. Os “empresários morais” reclamam punição de mais pessoas, por

ano até 2014 um aumento de 575% no número de pessoas presas. No ano de 1994 foi registrada uma redução insignificante na quantidade de presos. Fora isso, poderíamos dizer que não há registros de redução, somente de aumentos ou outros pequenos momentos de estabilidade, também insignificantes, como o havido entre os anos de 2000 e 2002 (BRASIL. Ministério da Justiça. INFOPEN 2014, p. 15).

Sobre o excesso punitivo ver: ZACKSESKI, Cristina. O exceso punitivo como violencia. *Espacio Abierto*, Montevideo, n. 19, p. 117-124.

3. As teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva nos permitem pensar que a sociedade se utiliza da punição dos bodes expiatórios (mecanismo de projeção) para, depositando sobre eles a própria negatividade não suficientemente reprimida, manter a sua autoimagem íntegra. Sobre isso ver: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, capítulo III.
4. WACQUANT, Loïc. La prisión es una institución fuera de la ley. *Delito y sociedad*. v. 1, n. 17, 2002. Disponível em: [http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/DelitoYSociedad/article/view/5430].
5. Sobre o significado de lei e ordem na política criminal contemporânea, o conceito de empresários morais e sua crítica ver: ZACKSESKI, Cristina. Fragmentos do jogo político-criminal brasileiro. In: MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 263-288.

mais tempo, com mais violência (dizem “rigor”), retirando-lhes ainda mais direitos, além daquele diretamente atingido pela privação da liberdade.

Um capítulo dessa tentativa de retirada de direitos é o caso do já famoso auxílio-reclusão que, volta e meia, é motivo de balbúrdia nas redes sociais e nas rodas de conversa, sem que haja informação correta sobre esse direito e sem que a informação correta, quando existe, seja aceita pelos autoproclamados “cidadãos de bem” – velha categoria, em geral usada no debate sobre armas, mas que também é merecedora de estudos em razão da violência que a cerca. O auxílio-reclusão só não é eliminado, na verdade, porque isso não significaria nenhuma economia – embora sua extinção possa sempre significar uma conquista simbólica dos empresários morais –, pois se trata de um direito acessível apenas por aqueles que preenchem vários requisitos, geralmente não atendidos pela população prisional, como já explicamos em outro texto:

(...) é importante que se saiba que o auxílio-reclusão é um benefício social concedido a todos os dependentes dos presos que cumpram pena nos regimes fechado ou semiaberto (não tendo direito os que estiverem em livramento condicional ou em regime aberto) enquadrados no regime previsto na Lei 8.213/1991, que tem seu fundamento no art. 201, IV, da Constituição Federal.

Ao contrário do que foi disseminado pelas redes sociais e por correios eletrônicos, o benefício não é concedido em todos os casos, visto que só têm direito aqueles que forem considerados segurados, ou seja, os que estão em dia com as contribuições ao INSS (empregado com registro em carteira ou contribuinte individual). Necessário também que o preso não esteja recebendo salário do empregador, que não seja aposentado e que não esteja em gozo de auxílio-doença. Por fim, o benefício só tem lugar se o preso, à época da prisão, tinha o salário contribuição igual ou inferior ao valor do benefício.

Não se trata, pois, de “bolsa bandido”. Não é um benefício pago “do nosso bolso”, e sim um benefício a que tem direito todo trabalhador que contribuiu para a Previdência Social.⁶

Essa referência ao auxílio-reclusão é somente um exemplo do tipo de debate que há no Brasil hoje. Há outros pontos de estrangulamento que merecem ser debatidos nesse momento de efervescência da “questão prisional”, na tentativa de alcançar um nível de compreensão maior e possíveis respostas para uma intervenção mais eficaz. Neste texto, procuramos destacar elementos

6. SILVA, M. E. F.; ZACKSESKI, Cristina. O estranho caso do auxílio-reclusão nas redes sociais. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 243, p. 14-15, 2013.

para a reflexão dos problemas relacionados às prisões brasileiras usando como metodologia a comparação entre as propostas que se repetem nos discursos midiáticos e no senso comum, de um lado, e o conteúdo da lei e da normativa internacional, de outro. Além disso, apresentamos alguns pontos de estrangulamento das estratégias cogitadas e acionadas, e também fazemos algumas referências a experiências internacionais em temas específicos, no intuito de inspirar a superação de novos e velhos entraves à solução do problema penitenciário brasileiro. Desde já advertimos para o fato de que as ilegalidades com as quais convivemos há pelo menos 30 anos não podem persistir e os problemas por elas criados não serão resolvidos com outras ilegalidades.

2. OS PRESOS PROVISÓRIOS E A SUPERLOTAÇÃO

Artigo 85 da LEP: O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Artigo 88 da LEP: O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório⁷.

Estudos sobre as pessoas presas sem condenação no Brasil têm mostrado que existem quase tantos presos provisórios quanto condenados no País (acima de 40%)⁸. Apesar das mudanças na lei processual penal introduzidas pela Lei 12.403/2011 – Lei das Cautelares⁹ –, que tiveram por finalidade alterar essa situação, a avaliação dessa mudança legislativa feita pela Rede Justiça Criminal não indica resultados favoráveis¹⁰, e os números de presos provisórios confirmam isso.

7. Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84.

8. ZACKESKI, Cristina. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2010 (Documento).

9. “A nova lei estipula que a prisão provisória não é cabível para crimes com penas de até quatro anos, quando os acusados são réus primários e os crimes não são violentos. Para esses casos, existe uma lista de medidas cautelares que podem ser adotadas pelos juízes, isolada ou cumulativamente. A lei contém nove medidas cautelares alternativas à prisão: monitoramento eletrônico; prisão domiciliar; comparecimento periódico em juízo; recolhimento domiciliar no período noturno; pagamento de fiança; proibição de frequência ou acesso a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da comarca; e suspensão do exercício de função pública” (Disponível em: [<http://docplayer.com.br/11644726-Sumario-executivo-de-pesquisas-sobre-prisao-provisoria-rede-justica-criminal-agosto-de-2013.html>]). Acesso em: 14.01.2017).

10. INSTITUTO SOU DA PAZ. O impacto da Lei das Cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo. Julho de 2014.

Outras iniciativas, como o Mutirão Carcerário promovido pelo CNJ no final dos anos 2000, também não foram capazes de produzir os impactos desejados, tamanha a dimensão da ilegalidade presente e alimentada diariamente pelo sistema penal brasileiro. Exemplo disso são pessoas presas provisoriamente por tempo superior ao que resultaria de suas condenações (caso confirmadas as acusações), misturadas com presos condenados¹¹, entre outros problemas graves¹². Outro exemplo são pessoas presas por crimes cuja resposta poderia ser a aplicação de penas restritivas de direitos ou a suspensão condicional do processo.

A razoável duração do processo, em contrapartida, é uma regra imposta constitucionalmente ao Poder Judiciário desde a Emenda Constitucional 45, de 2004. O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 possui a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Tanto não há duração razoável do processo que já é possível falar no processo como pena. E isso não só é um sofrimento injustificável para quem está preso provisoriamente, mas também para quem está sendo processado em liberdade, pois os processos que nunca terminam podem acabar com a vida das pessoas, pelo prolongamento indefinido do *status* de “acusado”.

3. AS DIFICULDADES PARA A CONSTRUÇÃO DE NOVAS UNIDADES, O SUCATEAMENTO DAS INSTITUIÇÕES EXISTENTES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Art. 12 da LEP. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13 da LEP. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

De acordo com o IBCCrim, o *déficit* de vagas do sistema prisional brasileiro era de 250 mil vagas no final do ano de 2016, com uma taxa de ocupação de

11. Art. 84 da Lei de Execução Penal: O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

12. Para um apanhado significativo desses problemas ver: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mutirão Carcerário: Raio X do sistema penitenciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf]. Acesso em: 12.07.2013.

1,9 presos por vaga. Isso se deve ao salto ocorrido desde os anos 1990 de quase 100 mil para 622 mil presos até os dias atuais, sem que o sistema prisional tivesse acompanhado tal crescimento¹³. Seria preciso quase que dobrar a capacidade atual de vagas para atender ao total da demanda prisional e praticamente triplicar o número de vagas disponíveis, na hipótese de cumprimento de todos os mandados de prisão em aberto até o final do ano de 2016 – 500 mil, segundo o Banco Nacional de Mandados de Prisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).¹⁴ De todo modo, não é possível responder ao problema da superlotação carcerária apenas com a construção de novos presídios – o que, a rigor, pode até mesmo não atender às novas demandas, considerando a tendência legislativa de ampliação da resposta criminal dura –, a privação da liberdade, aliada ao número crescente de condenações, ao excesso de prazo para a conclusão dos processos de réus presos, ao tempo de permanência do condenado na instituição prisional, e à dificuldade da justiça criminal em adotar medidas alternativas à prisão. A resposta tradicional do sistema formal de controle do crime está em crise e também não há evidências empíricas de que segurança pública se faz com aumento de prisões.

O fato é que as estatísticas prisionais não são “apenas números”. Não parece estar no imaginário popular a percepção de que realmente faltam locais de cumprimento de pena que atendam às regras existentes na legislação brasileira e as regras mínimas para tratamento de reclusos da Organização das Nações Unidas (ONU) – embora sejam reiteradamente elaborados relatórios por organismos internacionais e nacionais, Caravanas de Direitos Humanos, Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Ou é pior do que isso. Se as pessoas sabem o que acontece, não estão se importando com essa ilegalidade brutal, ainda que também possam ser atingidas em algum momento. A indiferença é pior que desinformação. Pensar que a supressão de direitos de alguns tem efeito apenas sobre esses é fruto da ignorância sobre o processo (perverso) de desconstrução dos direitos. É assim que se desmonta a estrutura (frágil) dos direitos fundamentais: abrindo a possibilidade de sua relativização ou negativa pura e simples.

Sabemos quem são e de onde vêm as pessoas que suportam os efeitos dessa “jurisprudência supressiva”. Essa é a população vulnerável ao empreendimento

13. IBCCrim. Audiências de Custódia – um ano desde a Resolução CNJ 2013.

14. Esse número não corresponde exatamente à quantidade de novas vagas, pois diz respeito ao número total de mandados, sem identificação de quantas pessoas possuem mais de um mandado de prisão.

criminalizante, a mesma que forma o grande contingente prisional, os jovens negros e pobres¹⁵. Por isso as campanhas da resistência de esquerda hoje investem no *slogan* “nenhum direito a menos”, pela consciência de que se as diminuições são corrosivas para todos, podem ser ainda mais destrutivas para muitos. Não será fácil deter seus efeitos depois de iniciados, como tentamos mostrar neste texto.

Apesar de a legislação prever que a execução penal deve ser feita de modo progressivo – artigo 112 da LEP – a depender do *quantum* de pena da condenação, do regime fechado para o semiaberto e, por fim, para o aberto, são praticamente inexistentes instituições de cumprimento de pena em regime aberto – as Casas do Albergado. O regime semiaberto, por sua vez, opera de forma distinta do que prevê a lei – Colônia Penal Agrícola. Há presos que saem e presos que não saem para trabalhar, não havendo, praticamente, distinção entre o cumprimento de pena no regime semiaberto e no regime fechado.

Existe uma tecnologia de construção de prisões a partir de estruturas modulares que podem ser rapidamente levantadas, mas, de forma contraditória, o que se observa são atrasos enormes na execução dos empreendimentos e paralisação de boa parte das obras já iniciadas. Erros nos projetos, má gestão dos recursos e dificuldades orçamentárias podem ser apontados como elementos que ajudam a explicar o emperramento de projetos contratados desde o ano de 2006. Porém, mesmo se executados, todos esses projetos – em torno de 115 estabelecimentos – representariam pouco mais de 46 mil novas vagas, ou seja, menos do que a quinta parte do déficit atual do sistema¹⁶.

Além dos problemas já indicados, há um obstáculo concreto à construção de novas unidades prisionais: a localização das novas construções. Muitos prefeitos rejeitam a edificação de presídios em suas cidades, o que afetaria sua reputação diante do eleitorado. Em geral, alegam problemas de segurança¹⁷. Um

15. Para a discussão sobre a seletividade racial e a violência do sistema penal nos EUA, ver, entre outros trabalhos: WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

16. *Jornal O Globo*, 07.11.2016. Disponível em: [<http://oglobo.globo.com/brasil/um-terco-das-obras-de-presidios-do-brasil-esta-paralisada-20422491>]. Acesso em: 21.02.2017.

17. Disponível em: [www.tribunadonorte.com.br/noticia/prefeitos-do-mato-grande-rejeitam-presencia-na-regiao/310362]. [<https://noticias.terra.com.br/brasil/politica/de-23-cidades-que-receberao-presidios-em-sp-18-sao-contras-768b68f40d94b310VgnCLD200000bbcccb0aRCRD.html>]. [<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2015/04/prefeitos-repudiam-construcao-de-presidio-em-cidade-da-grande-natal.html>].

dos argumentos é o temor quanto à ocorrência de fugas e o risco que representam para a população das cidades em que se situam os presídios. Daí, inclusive, a preferência pela construção desses estabelecimentos em locais distantes da comunidade. Quem mais sofre com a distância das penitenciárias são os familiares, em geral mulheres (mães, filhas e esposas), que cuidam da assistência material e afetiva dos presos.

A superlotação, problema crônico do sistema penitenciário brasileiro, se converte em “questão prioritária” nesses momentos em que estouram as rebeliões e os detentos protagonizam, como algozes e vítimas ao mesmo tempo, as cenas brutais que extravasam os muros dos presídios, produzindo tensão social e necessidade de resposta por parte do poder público. Essa é a hora das respostas improvisadas e dos arranjos absurdos, como o caso que veio a público entre 2008 e 2009, numa delegacia de polícia na cidade de Serra, na grande Vitória (ES): a falta de vagas no sistema prisional foi justificativa para o confinamento de presos em contêineres, estruturas feitas de chapas de aço, pequenas e quentes, sem grades ou janelas, providas apenas de uma pequena abertura por onde a comida deveria passar¹⁸.

O simples aumento de estabelecimentos carcerários – ou a construção de novos módulos em estabelecimentos que dispõem de espaço físico para esse fim¹⁹ – atenua o problema da superlotação, o que, no contexto atual, pode ser visto como medida urgente e de caráter humanitário. Por outro lado, o aumento de vagas também não resolve as mazelas e deficiências que esse tipo de instituição produz em curto prazo. De nada adianta ampliar o espaço prisional sem assistência material aos presos ou instalações e serviços adequados às suas necessidades pessoais.

Quanto à rotina prisional, além das revistas vexatórias também são observados abusos das administrações, no tocante ao que os presos podem ou não ter acesso dentro das unidades. Não é justificável a restrição de determinados alimentos, de produtos de higiene e até mesmo de livros, a menos que o interesse seja o do lucro das cantinas e do comércio informal (ou tráfico mesmo) que acaba acontecendo, elevando o preço dos produtos que, de alguma forma, chegarão aos detentos.

18. *Jornal O Globo*, de 11.01.2014. Disponível em: [<http://oglobo.globo.com/brasil/no-espirito-santo-fim-de-presos-em-containers-11275663>]. Acesso em: 21.02.2017.

19. De acordo com o Infopen, sistema de informações penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional, DEPEN, do Ministério da Justiça, 56% dos estabelecimentos prisionais possuem terreno disponível para construção de novos módulos (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2014).

E a irracionalidade ou maldade não para por aí. Em Brasília, as visitas só podem ir à Papuda de roupas brancas, o que motiva a estigmatização dos familiares desde o momento em que chegam ao transporte coletivo, pois a comunidade sabe que é dia de visita e, portanto, a pena acaba passando da pessoa do condenado²⁰. A humilhação é parte integrante do ritual da prisão e alcança a órbita de relações pessoais dos prisioneiros.

4. O INTERESSE DAS EMPRESAS PRIVADAS NOS PRESÍDIOS

Foi no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), localizado em Manaus (AM), que, nos primeiros dias do mês de janeiro de 2017, ocorreu o maior número de mortes dos últimos tempos no País. Ali foram reconhecidas oficialmente 56 mortes (seis decapitações), o que promove o Compaj ao vergonhoso segundo lugar em número de mortos, perdendo apenas para o Massacre do Carandiru, com 111 cadáveres, em 1992. O Complexo Anísio Jobim é uma prisão privada gerida pela empresa *Umanizzare*, sobre a qual existem suspeitas de irregularidades envolvendo dívidas trabalhistas, problemas na licitação e estranhas doações.²¹

Esse não é sequer o único caso de irregularidades nos contratos e na política envolvendo as empresas do ramo. Fala-se até numa nova bancada no Congresso Nacional composta por políticos que tiveram suas campanhas financiadas por tais empresas, a Bancada da Jaula, formada por muitos deputados que participaram da votação da PEC 171, a proposta de Emenda Constitucional para a redução da idade da imputabilidade penal.²² Não é preciso muito esforço para identificar nessa medida a abertura de novas possibilidades de geração de lucros para empresas que se dedicarem à gestão do *business* prisional – o que difere totalmente do interesse público, social e estatal, na recuperação dos indivíduos em privação de liberdade.²³

20. Há um princípio do Direito Penal segundo o qual a pena não deve passar da pessoa do condenado.

21. Disponível em: [<http://g1.globo.com/politica/noticia/criada-pelo-mesmo-dono-empresa-que-antecedeu-a-umanizzare-no-compaj-foi-inabilitada-para-licitacao.ghtml>]. Acesso em: 07.02.2017.

22. Disponível em: [www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2015/abril/conheca-a-bancada-da-jaula-e-os-interesses-milionarios-por-tras-da-reducao-da-idade-penal]. Acesso em: 08.02.2017.

23. ZACKSESKI, Cristina. Relações de trabalho nos presídios. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 23, p. 31-53, 2002. Nesse texto, revisitamos autores

No ano de 2001, já tínhamos feito estudos cujos resultados mostravam esse grave problema do interesse lucrativo das empresas e da falácia da economia para os cofres públicos:

Já temos notícias de que empresas privadas que administram presídios nos EUA (Corrections Corporation of America e Wackenhut Corrections) fazem este tipo de pressão e que há anos vêm tentando entrar no mercado brasileiro. “Recentemente, uma delas juntou-se à Pires Serviços de Segurança para tentar mudar a lei e convencer governadores de Estado que a melhor e mais barata forma de cuidar de presos é a administração privada”. No entanto, o custo reduzido não está sendo confirmado nos Estados Unidos, pois um trabalho de uma comissão do Congresso norte-americano – a GAO (General Accounting Office) – “indicou que os estabelecimentos privados custam somente 1% a menos aos cofres públicos do que a administração pública de penitenciárias”.

A Pires Serviços de Segurança e Transporte de Valores já iniciou seu trabalho no Brasil, uma vez que compõe, juntamente com a Metropolitana Vigilância Comercial e Industrial, a Humanitas Administração Prisional Privada Ltda., que é responsável pelas duas “experiências” nacionais de transferência da administração e segurança interna dos presídios – a Penitenciária de Guaraçuva (PR), inaugurada em novembro de 1999, e a Penitenciária do Cariri (CE), que começou a funcionar no mês de janeiro deste ano. Tal iniciativa está sendo estudada como modelo pela Secretaria Nacional de Justiça do governo brasileiro, para ser oferecida aos governadores dos Estados, ainda que o custo por prisioneiro chegue a R\$ 1.200,00 por mês contra cerca de R\$ 700,00 no sistema público.

Um dos resultados considerados positivos desse “modelo” é a ausência de registros de rebeliões²⁴.

A experiência foi interrompida no Paraná, em 2006, devido aos altos custos e outros problemas, como a má remuneração dos agentes das unidades terceirizadas²⁵. No entanto, depois disso já existiram pelo menos duas tentativas de retomar o processo de privatização/terceirização.

clássicos sobre o trabalho prisional, como Foucault, Ruche e Kirchheimer, Pavarini, Melossi, entre outros.

24. ZACKSESKI, Cristina. Relações de trabalho nos presídios. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 23, p. 31-53, 2002.
25. Paraná põe fim à terceirização de presídios. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2008200619.htm]. Acesso em: 12.01.2017.

No Ceará, a administração voltou para a Secretaria de Justiça do Ceará em 2007, por decisão da Justiça Federal em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal e pela Ordem dos Advogados do Brasil, em 2005. Foi questionada a contratação, sem licitação, de uma só empresa para administrar três presídios, além dos custos elevados e do fato de serem indelegáveis à iniciativa privada as atividades típicas do Estado.²⁶

Em Minas Gerais, funciona somente há quatro anos, desde janeiro de 2013, a primeira penitenciária resultante de parceria público-privada (PPP), situada em Ribeirão das Neves, na região metropolitana de Belo Horizonte. Construída e administrada por um consórcio privado – o GPA (Concessionária Gestores Prisionais Associados S.A.) –, concessionário da PPP. O grupo é formado por cinco empresas: CCI Construções S.A., Construtora Augusto Velloso S.A., Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços, N. F. Motta Construções e Comércio e o Instituto Nacional de Administração Prisional – Inap. A PPP de Ribeirão das Neves segue o tipo tradicional de gestão penitenciária. O preso sai mais caro para os cofres do Estado de Minas Gerais do que nas prisões públicas, o que, em tese, possibilita a manutenção de infraestrutura adequada, automatização e câmeras de acompanhamento dos presos durante 24 horas do dia, prestação de serviços e atendimento às necessidades dos internos, além da remuneração das empresas do grupo.

Os problemas que já foram apontados nesse tipo de gestão, além do risco genérico de abrir ao particular a exploração de uma atividade lucrativa diretamente dependente do encarceramento, têm a ver com a pouca transparência, com a falta de fiscalização rotineira e eficiente por parte do Poder Público, a prestação de assistência judiciária pela própria empresa – e não pela Defensoria Pública – e a dificuldade de acesso dos familiares e visitantes em geral²⁷. A PPP seleciona seus presos, não aceita presos provisórios, membros de facções ou estupradores. Abriga atualmente 2.016 condenados nos regimes fechado e semiaberto, quatro em cada cela para quatro pessoas. A capacidade total prevista para o estabelecimento ao término das obras é de mais de 3.000 vagas²⁸ – a construção das novas instalações está paralisada há algum tempo.

26. TRT-7 – RO: 380006120055070006/CE 0038000-6120055070006, rel. Antonio Carlos Chaves Antero, Data de Julgamento: 02.09.2008, Pleno do Tribunal, Data de Publicação: 29.09.2008, *DOJTe 7ª Região*. Disponível em: [www.jfce.jus.br/todas-noticias/535-justica-federal-suspende-contratos-terceirizados-em-presidios-do-ceara.html]. Acesso em: 12.01.2017.

27. Disponível em: [www.pragmatismopolitico.com.br/2016/02/como-funciona-o-primeiro-presidio-privado-do-brasil.html]. Acesso em: 21.02.2017.

28. CORREA, Gustavo Freitas e CORSI, Lucas Cavanha. ROMBACH, Melina (orientadora). O primeiro complexo penitenciário de parceria público-privada do Brasil.

Certo é que a PPP de Ribeirão das Neves está livre do problema da superlotação. O fato de não trabalhar no regime do excesso que caracteriza o sistema prisional brasileiro é, sem dúvida, a chave para seu melhor desempenho, sobretudo se comparada à gestão pública atual²⁹. Essa comparação é incabível, ao contrário do que alardeiam os defensores da privatização dos presídios, consideradas as profundas diferenças nas condições de administração – aí incluída a remuneração superior ao custo da gestão pública. Certamente não é por razões humanitárias que o poder público investe no sistema privado, ao mesmo tempo que relega ao abandono o sistema tradicional.

5. A DIFICULDADE DE IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E O DISCURSO SOBRE OS SEUS EFEITOS

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (Artigo 9º item 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos as Nações Unidas, de 1992).

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (Artigo 7 item 5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969).

Um dos pontos-chave para o excesso punitivo é o arbítrio presente no exercício da atividade policial. O Relatório da Rede Justiça Criminal traz dados contundentes sobre a forma com que muitas prisões acontecem, especialmente nos Estados do Sudeste do País: em geral são prisões “em flagrante delito”

Fundação Getúlio Vargas – EASP. Disponível em: [http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/o_primeiro_complexo_penitenciario_de_parceria_publico-privada_do_brasil.pdf].

29. VARGAS, Beatriz. Sociedade punitiva: direito penal máximo e administração do excesso. Disponível em: [<https://jota.info/tudo-sobre/sociedade-punitiva>].

decorrentes de “entradas franqueadas”. Os policiais são as únicas “testemunhas” e os presos são vítimas de tortura³⁰.

As observações acima também valem para o Distrito Federal. Pesquisa realizada em processos que tiveram ingresso nas quatro varas especializadas de “entorpecentes” do DF, a partir do ano de 2009, cujo objetivo foi uma aproximação empírica com a prática judiciária, revelou que:

Em boa parte dos casos, as apreensões de droga em domicílio foram realizadas sem mandado judicial e logo após a prisão do acusado. Preso mais comumente em via pública, o acusado, antes de ser conduzido à delegacia, é levado, pela polícia, ao lugar onde mora, para realização de busca domiciliar por droga – portanto, sem ordem judicial, mas, em geral, com “permissão expressa do preso”, dispensado o “pé na porta”. (...) O interessante é a existência de registro, expresso nas decisões, de que “o acusado permitiu que a polícia penetrasse o domicílio e realizasse a busca” – o que poderia permitir, isto sim, a conclusão de que todos os acusados presos nessas condições autorizam a entrada da polícia no local onde ocultam maior quantidade de droga. A conclusão prova demais...³¹

Até que fossem implantadas as Audiências de Custódia, cujo início data de fevereiro de 2015 (em que pese a data dos documentos que citamos no início deste tópico), com abrangência até hoje limitada às capitais dos Estados brasileiros, os presos ficavam guardados para que não houvesse a reclamação dos “cidadãos de bem” de que “a polícia prende e o Judiciário solta”. No relatório citado, anterior à implantação das audiências, há uma descrição bem precisa dessa situação: “Paradoxalmente, os operadores responsáveis pela proteção da lei acabam sendo responsáveis pela sua própria violação. Eles argumentam que existe um clamor social para que não haja impunidade, para que pessoas sejam punidas de maneira severa e exemplar”³².

Como visto, as Audiências de Custódia foram implantadas para cumprir determinação contida no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e

30. Disponível em: [<http://docplayer.com.br/11644726-Sumario-executivo-de-pesquisas-sobre-prisao-provisoria-rede-justica-criminal-agosto-de-2013.html>]. Acesso em: 14.01.2017, p. 83.

31. VARGAS, Beatriz. Tese de doutorado do programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB, trabalho não publicado – A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal. Brasília/DF, 2010.

32. Disponível em: [<http://docplayer.com.br/11644726-Sumario-executivo-de-pesquisas-sobre-prisao-provisoria-rede-justica-criminal-agosto-de-2013.html>]. Acesso em: 14.01.2017, p. 83.

na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de que a pessoa presa em flagrante deve ser ouvida pela autoridade judiciária em um prazo de 24 horas, para que seja avaliada a legalidade e a necessidade de manutenção da custódia. O juiz deve, nessa audiência, ouvir o acusado (e esse é um de seus principais ganhos: dar voz à pessoa presa) e verificar as condições nas quais se encontra naquele momento, observando sinais de violência (tortura) no ato e na sequência da prisão. Os juízes e promotores têm visto muito mais do que violência física, embora ainda a ignorem, conforme relatos de pesquisadores e observadores desse procedimento³³ – às vezes, recebem pessoas sujas das próprias fezes e reclamam que deveriam tomar pelo menos um banho antes de ser apresentadas. É impossível não lembrar de um curta-metragem de 1986, *O Dia em que o Dorival encarou a Guarda*, que retrata o caso de um preso que queria tomar banho. Pede insistentemente aos guardas, sofre violência em razão do pedido e, por fim, lhe dão banho de mangueira para lavar o sangue³⁴.

Como as audiências precisam mobilizar (no prazo de 24 horas) juízes, promotores, defensores e policiais, é óbvia a resistência destes operadores do sistema à sua implantação. Além disso, em consultoria recém-finalizada para o Ministério da Justiça sobre as Corregedorias de Polícia dos Estados do Nordeste do País, constatamos a preocupação de alguns corregedores com o aumento de trabalho que as audiências significam, apesar de serem raros os casos nos quais os juízes realmente registram sinais de tortura e maus-tratos. Assim mesmo, hoje chegam mais casos para as Corregedorias, que já operam de forma bastante precária³⁵.

Outro efeito, mais dramático, pode ser o aumento das execuções, em vez de prisões, como se suspeita que tenha ocorrido no Caso Amarildo.

6. A FALSA POLÊMICA DOS CELULARES

Um dos temas polêmicos relacionados à questão penitenciária é a possibilidade ou não de comunicação dos presos. O Supremo Tribunal Federal disponibiliza em seu sítio de internet uma coletânea de disposições que regem

33. IDDD. Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo. São Paulo, 2015.

34. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Dia_em_que_Dorival_Encarou_a_Guarda]. Acesso em: 07.02.2017.

35. ZACKESKI, Cristina. Corregedorias de Polícia Cíveis e Militares do Nordeste Brasileiro. Diretrizes para qualificação do controle interno da atividade policial. Brasília: SENASP/PNUD, 2016.

a matéria (artigo 5º, XII, da Constituição Federal; artigo 41, XV, da Lei de Execução Penal; e artigo 185, § 5º, do Código de Processo Penal) e delas se depreende que os presos têm direito à comunicação, inclusive telefônica, mas, ao mesmo tempo que anuncia esse direito, admite-se que, “devido à falta de recursos, e pela falta de previsão expressa que se refira a ligações telefônicas, a prática carcerária enfrenta grandes dificuldades de execução dessa livre comunicação dos presos”.³⁶

No entanto, em 2007, foi acrescentado o inciso VII ao artigo 50 da Lei de Execução Penal, estabelecendo como falta grave a conduta do preso que “tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo” (incluído pela Lei 11.466/2007).

Nos Estados Unidos, os presos trabalham operando *telemarketing*, fazem vendas de passagens aéreas e outras atividades para as quais têm acesso a computadores e telefones. Na Espanha, o sítio de internet do Ministério do Interior traz estampadas as regras relativas à comunicação telefônica dos detentos:

Comunicaciones telefónicas

Llamadas ordinarias:

Todos los internos e internas pueden llamar por teléfono, de manera ordinaria, a familiares cuando vivan en lugares lejanos o no puedan visitarlos, haciendo uso de los teléfonos habilitados en las zonas comunes.

Para ello, habrá de solicitarse autorización previa a la Dirección del centro, indicando datos de las personas con las que se desee contactar, su dirección, número de teléfono y titularidad del mismo, así como parentesco o relación que mantienen con el interno o interna.

Podrán autorizarse hasta diez personas, y el coste de las llamadas corre a cargo del interno o interna, a través de un sistema de tarjeta, con un tope de 10 llamadas a la semana de hasta 5 minutos cada una.

Llamadas urgentes:

También por asuntos urgentes, podrá el recluso comunicarse con familiares, abogados u otras personas, con autorización del máximo responsable del establecimiento en ese mismo momento.

Además, en el momento del ingreso en prisión, la persona tiene derecho a poner dicha circunstancia en conocimiento de su familia y abogado.

36. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/6Port.pdf]. Acesso em: 16.08.2017.

Llamadas desde el exterior:

Salvo casos excepcionales, libremente apreciados por el Director del establecimiento, no se permitirán llamadas desde el exterior a los internos.³⁷

Na Argentina, há orelhões nos pátios dos presídios, mas, no Brasil, o acesso à comunicação dos presos é um tabu. Sempre que surgem rebeliões ou ordens para a prática de crimes extramuros, cogita-se do seguinte:

a) as visitas (nunca os funcionários dos presídios...) estão levando para dentro do cárcere armas, drogas e celulares, e isso justifica em muitos lugares a revista vexatória;

b) os advogados estão atuando de forma a ajudar seus clientes (!), então é importante a monitoração de suas conversas, mas, para isso, não é conveniente instalar bloqueios para o sinal dos celulares, que podem também atingir a vizinhança dos presídios e também os seus próprios funcionários.

No Brasil, nem se bloqueia o uso dos aparelhos, pois também não é interessante para as empresas de telefonia, nem se resolve o problema da corrupção dos próprios agentes do sistema carcerário. Persiste, no entanto, a revista vexatória para os familiares dos reclusos. Hoje, com toda tecnologia existente – como se vê na ficção e na vida real, com imagens produzidas a partir de calor e movimento –, recorre-se às buscas nas celas, atualmente feitas pelas Forças Armadas. Michel Temer acredita que pode resolver o problema atual com a mesma estratégia que usou ao assumir a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo – de vasculhar os espaços prisionais – cinco anos após o Caso Carandiru (ocorrido em 1992)³⁸.

7. QUEM VAI USAR/PAGAR AS TORNOZELEIRAS?

Para além de todos os problemas já identificados na “imposição das tornozeleiras”³⁹, atualmente ficaram evidentes seus efeitos colaterais. Dois problemas, pelo menos, podem ser observados no mesmo caso: quando o doleiro Carlinhos Cachoeira, Fernando Cavendish e outros dois empresários presos na Operação Saqueador, da Polícia Federal, foram autorizados pela Justiça a ficar

37. Disponível em: [<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/relacionesExterior/telefono.html>]. Acesso em: 12.01.2017.

38. BOGHOSSIAN, Bruno; RIZZO, Alana. O avanço do general. *Época*, 23.01.2017, p. 74.

39. Ver texto de mesmo nome de ZACKSESKI, Cristina. A imposição das tornozeleiras. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 199, p. 6-7, 2009.

em prisão domiciliar no Rio de Janeiro, o juiz decidiu que eles seriam monitorados. Acontece que o Estado já estava com uma dívida de 2,8 milhões (hoje mais de 3 milhões, que também é o valor da dívida em outros Estados, como Goiás) com a empresa Spacecom, a maior empresa brasileira com atuação nesse mercado, oferecendo serviços para Secretarias Estaduais de Segurança e para o Governo Federal⁴⁰.

Problema 1. Não era econômico contratar essas empresas privadas de monitoração?

Temos alertado para o fato de que a introdução do monitoramento eletrônico não reduz custos. Os custos da prisão se somam aos custos do controle tecnológico. Esse alerta é sistematicamente ignorado. Não há notícias de redução de presos, nem de gastos, e as manchetes dos jornais expressam a tremenda dificuldade dos Estados contratantes desses serviços para saldar suas dívidas:

– Fornecedor de tornozeleiras diz que só entrega se RJ pagar o que deve. (<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/fornecedor-de-tornozeleiras-diz-que-so-entrega-se-rj-pagar-o-que-deve.html>)

– Sem tornozeleiras, mais de 900 pessoas voltam para as ruas no RJ. (<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/sem-monitoramento-mais-de-900-pessoas-voltam-para-ruas-no-rj.html>)

– Presos em Goiás também estão sem tornozeleira eletrônica: assim como Rio de Janeiro e São Paulo, presos beneficiados com liberdade monitorada não têm acesso aos equipamentos. Motivo é a falta de pagamento para empresa. (www.opopular.com.br/editorias/cidade/presos-em-goias-tambem-estao-sem-tornozeleira-eletronica-1.1113559)

O interesse no uso desses dispositivos é de ordem econômica e não da ordem da segurança ou da busca por formas menos cruéis de execução penal. O mercado está em franco crescimento⁴¹, assim como a dívida dos Estados.

Problema 2. Por que esse réu e não outro usaria o dispositivo, se houvesse?

Há anos, pesquisadores mexicanos já nos alertavam para um efeito colateral adicional: a criação do novo meio de controle implicaria novas desigualdades (e corrupção) no acesso aos dispositivos.

Outro problema, que é um desdobramento desse segundo, é o efeito do controle. A ficção ilustra muito bem a complexidade da estratégia. Em 007

40. Disponível em: [www.spacecom.com.br/?s=spa].

41. Disponível em: [www.ultimasnoticias.inf.br/noticia/uso-de-tornozeleiras-faz-mercado-crescer-296]. Acesso em: 25.01.2017.

*contra Spectre*⁴², o agente está potencialmente sob controle, mas ele negocia sua mobilidade com o controlador, demonstrando que o dispositivo não cumpre finalidades preventivas como se supõe. A pessoa submetida ao controle pode continuar praticando crimes.

Há quem confie na redução do sentimento de impunidade que a imposição da tornozeleira pode trazer, mas – é importante que se diga – esse sentimento está vinculado a uma função simbólica da pena. A tornozeleira pode até cumprir uma função simbólica, mas, por isso mesmo, vai descumprir funções reais⁴³. Se as pessoas gostam de ser iludidas, esse é um problema que não deve influenciar as decisões dos formuladores de políticas, nem mesmo no tocante ao uso de determinada tecnologia de controle.

Em outras palavras, o que se está tentando fazer com o uso da tornozeleira é resolver um problema de política criminal com uma pretensa solução técnica. Esse problema está intimamente relacionado a outro já abordado neste artigo: por que existem tantas pessoas presas provisoriamente? Há algo errado em um sistema que coloca tanta gente atrás das grades e não sabe o que fazer com elas. Hoje a prisão provisória já é a própria pena.

8. AS SOLUÇÕES FANTÁSTICAS

8.1. Realização de audiências por videoconferência

Os juízes têm medo de ir aos presídios para realizar audiências. De outra parte, é caro e perigoso fazer as escoltas dos presos – em geral, provisórios – que precisam frequentar o ambiente da justiça. O caos hoje instalado é também o resultado dessa falta de controle e de observação direta das práticas prisionais. Há uma expectativa plausível de que talvez fossem melhores as condições de habitabilidade, trabalho e segurança das instituições de cumprimento de pena se os profissionais da justiça as frequentassem com assiduidade.

Na Espanha, no mesmo *site* do Ministério do Interior já citado, consta uma regra sobre videoconferência, mas em benefício dos presos, não em seu prejuízo.

42. MENES, Sam. *007 contra Spectre*. Filme. Reino Unido, 2015.

43. Sobre as funções da pena, incluída aí a função simbólica, ver: BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Universidade de Saarland, Alemanha, 1990.

Video-conferencia

En los casos en que un interno no pueda recibir visitas de familiares y allegados íntimos, durante un período de al menos cuatro meses, se podrá solicitar la celebración de comunicaciones a través de video-conferencia, siempre que existan condiciones en el establecimiento penitenciario que permitan su realización.⁴⁴

8.2. O trabalho forçado

Art. 41 da LEP – Constituem direitos do preso:

I – alimentação suficiente e vestuário;

II – *atribuição de trabalho e sua remuneração*;

III – Previdência Social;

IV – constituição de pecúlio;

V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX – *entrevista pessoal e reservada com o advogado*;

X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI – chamamento nominal;

XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura *e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes*.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente⁴⁵. (grifos nossos)

44. Disponível em: [<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/relacionesExterior/telefono.html>]. Acesso em: 12.01.2017.

45. Destacamos no conteúdo da Lei alguns aspectos tratados neste texto, não somente neste item.

Muitas pessoas nos perguntam porque os presos não trabalham para pagar a própria comida, a “hotelaria” e demais serviços necessários nas instituições. Não sabem essas pessoas que, pela lei brasileira, o trabalho é dever e direito do preso, proibida a pena de trabalhos forçados (art. 5º, XLVIII, c, da Constituição da República Federativa do Brasil). A disciplina do trabalho como dever é totalmente distinta do trabalho forçado. Neste último, o trabalho não é dever (sentido positivo), mas punição (sentido negativo). Como castigo, o trabalho deixa de ser remunerado e fica à margem de qualquer proteção normativa, à semelhança do trabalho escravo.

A maior parte da população prisional tem interesse em trabalhar e estudar, para vencer o tédio da reclusão e até pela possibilidade de remição. A Lei de Execução Penal estabelece que o preso pode remir, pelo trabalho (e pelo estudo), parte do tempo de cumprimento da pena, nos regimes fechado e semiaberto, na proporção de três dias de pena para cada dia de trabalho (art. 216, LEP). O que não existe – de maneira suficiente – é a oferta de trabalho. E o próprio Estado não oferece as condições para o cumprimento do dever do preso de trabalhar e para o exercício desse mesmo direito. O sociólogo recém-falecido Zygmunt Bauman já nos respondeu essa questão há anos: não há trabalho urgente a fazer. Para o sistema, não importa o que os presos fazem, o importante é que fiquem lá⁴⁶.

Em junho de 2014, apenas 16% da população carcerária do País trabalhava – sem contabilizar os dados do Estado de São Paulo que deixou de prestar informações para a elaboração do relatório.⁴⁷ Apenas seis em cada dez pessoas que trabalham exercem atividade fora do local de cumprimento da pena; 34% conseguiram trabalho por seus próprios meios, sem intervenção do sistema prisional, e 34% trabalham no próprio estabelecimento de cumprimento da pena, em atividades de alimentação e limpeza. Apenas 22% dos estabelecimentos prisionais dispõem de oficinas de trabalho. O último levantamento penitenciário (junho/2014) não informa a porcentagem de trabalho remunerado no interior dos presídios, certo é que, por lei, a remuneração não pode ser inferior a 3/4 do salário mínimo⁴⁸.

46. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização e as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

47. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de Junho de 2014. Infopen, sistema de informações penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional, DEPEN, do Ministério da Justiça.

48. A inconstitucionalidade da remuneração do trabalho do preso em valor inferior ao salário mínimo está em discussão no Supremo Tribunal Federal, na ADPF 336, desde março de 2015.

A Lei de Execução Penal enuncia que a finalidade do trabalho da pessoa em situação de privação de liberdade é educativa e produtiva. Na realidade, o trabalho prisional – quando existe – não é nem uma nem outra coisa. Não qualifica, não remunera e não é competitivo. Definido pelas lentes do conceito moderno – que está na origem da experiência prisional norte-americana dos séculos XVIII a XX – de educação/reeducação ou socialização/ressocialização, integra, na verdade, uma lógica de “luta preventivo-penal contra os pobres”, como diz Vera Andrade⁴⁹. Como já afirmamos em outro artigo:

Nessa linha preventivo-penal, o trabalho ressocializador é pensado como fator de redução do perigo do crime, ou seja, atua *em favor da* e como *direito da* sociedade – e não *em favor do* e como *direito do* preso.

(...)

Não é preciso aprofundar análise histórica prisional no Brasil para concluir que o trabalho, quando oferecido, jamais constituiu uma atividade importante e muito menos produtiva. Assemelha-se a uma atividade, no mínimo, terapêutica, no sentido mais elementar, de promover uma evasão do tempo, uma distração, uma tentativa de evitar a loucura.⁵⁰

8.3. A via religiosa

Art. 24 da LEP. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa. (grifos nossos)

Tanto no tema da recuperação de toxicodependentes⁵¹ quanto na recuperação de condenados pela justiça, vemos, desde a consolidação das instituições

49. ANDRADE, Vera Regina P. de. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012, p. 376.

50. VARGAS, Beatriz. Pena e trabalho – Referências para um exercício de reflexão crítica sobre o trabalho como elemento do discurso moderno de ressocialização do preso. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da (Coord.). *Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. São Paulo: LTr, 2016, p. 426-431.

51. Na dissertação de Betuel Virgílio Mvumbi, ficou claro o protagonismo dos grupos religiosos entre as instituições que dizem recuperar pessoas dependentes de substâncias

de sequestro, o protagonismo de grupos religiosos. É o caso, por exemplo, das APACs (Associações de Proteção e Assistência aos Condenados)⁵², consideradas por muitos a solução para os nossos problemas. Poucos sabem, contudo, que os detentos são submetidos a atividades cujo objetivo é a adesão à fé católica, como nas Jornadas de Libertação com Cristo⁵³. Há uma rotina religiosa nos presídios que lembra bastante o início da história das prisões descrito por Michel Foucault⁵⁴.

A APAC surgiu em 1972, em São José dos Campos, na prisão de Humaitá, como resultado do esforço de católicos voluntários da Pastoral Carcerária. Existem atualmente 100 unidades em funcionamento no Brasil e o modelo foi adotado em países da Europa, EUA e América Latina. A unidade de Itaúna, em Minas Gerais, em funcionamento desde 1986, é referência nacional e internacional desse tipo de gestão. A APAC atua como órgão auxiliar do Executivo e do Judiciário, na administração das unidades destinadas a presos já condenados pela justiça e na execução penal. Formalmente constituída como entidade civil de direito privado, não visa o lucro. O trabalho nas unidades de “recuperação” ou “reeducação” é prestado por membros da comunidade de forma voluntária e não remunerada. Não há qualquer tipo de vigilância, guaritas ou muros. Nenhuma força policial se faz presente nas unidades. Não há revista aos visitantes, mas armas ou drogas são de raríssima ocorrência. A ordem é rígida, baseada na autodisciplina, no senso de responsabilidade individual e coletiva e na solidariedade. O trabalho é a regra principal, condição primeira para a permanência no estabelecimento. Não há ócio, mas lazer, em horas determinadas do dia ou da noite. O trabalho interno, rotina de limpeza, manutenção, alimentação etc., é realizado pelos próprios “reeducandos”, que não usam uniformes, mas roupas comuns, e são chamados pelo próprio nome. A famosa cela do castigo ou solitária foi substituída por uma pequena capela.

tornadas ilícitas. Muitas delas não contam com profissionais da saúde e as inspeções do Conselho Federal de Psicologia registram violações de direitos (MVUMBI, Betuel Virgílio. *Drogas e democracia: reflexões sobre as políticas nacionais e internacionais de controle*. Dissertação de Mestrado. Orientadora Cristina Zackseski. Brasília: UnB, 2016. Anexos).

52. O fundador do método APAC tem vários livros publicados nos quais expõe sua concepção e sua experiência. Nesse sentido ver: OTTOBONI, Mário. *Vamos matar o criminoso?* São Paulo: Paulinas, 2006. OTTOBONI, Mário. *Parceiros da ressurreição*. São Paulo: Paulinas, 2004.

53. OTTOBONI, Mário. *Parceiros da ressurreição*. São Paulo: Paulinas, 2004, p. 31-32.

54. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1984.

Um dos elementos fundamentais que regem o modelo APAC é a “jornada de libertação com Cristo”, de inspiração católica.

A APAC é seletiva com os “reeducandos”. Recebe apenas aqueles que tenham algum vínculo familiar na própria comunidade onde se situam os centros de reeducação e que se comprometam com o programa de recuperação – o que implica adesão do elemento da religiosidade, entre outros critérios às vezes relacionados ao tipo de condenação ou ao perfil do condenado. À diferença do modelo penitenciário tradicional, seus estabelecimentos são pequenos e abrigam, no máximo, entre 80 e 100 “recuperandos” ou pouco mais. Em Minas Gerais, por exemplo, em 2013, custodiavam cerca de 2 mil (10% do total da população carcerária daquele Estado). As APACs, em conclusão, para a própria subsistência de seus métodos e a eficácia de seus procedimentos, atuam totalmente à margem da lógica da prisão em massa que impera no sistema penal brasileiro. O receio de transferência ou retorno ao sistema penitenciário comum é um importante elemento de conformação dos internos às regras desses estabelecimentos – o inferno das prisões públicas paira como uma ameaça de castigo à inadaptação.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início do texto aspeamos a palavra facções para chamar a atenção para um último aspecto raramente discutido quando se trata de população prisional. O fato de que, apesar de todas as ilegalidades que listamos, as formas de organização que surgem nesses ambientes são definidas de forma sempre negativa, como facções criminosas. A esse respeito é bom lembrar que as formas de organização paralela surgidas tanto dentro quanto fora dos muros do cárcere estão relacionadas à violência do próprio Estado, e mais do que isso, hoje os discursos presentes no campo das políticas públicas geralmente enfatizam as formas de organização alternativas (comunitárias, participativas, integradas), mostrando que o processo democrático é surgido e alimentado de baixo para cima (*down-top*), o que não somente é permitido, como também, em muitas situações ou setores, é estimulado, exceto quando a organização é proveniente de parte da sociedade composta pelos párias, situados nos guetos, murados ou não, mais ou menos distantes da “civilização”.

E por fim, também há um lado perverso da cobrança por soluções. Estamos há pelo menos três décadas alertando para os problemas que cercam a prisão, e quando explode a bomba, os cínicos de plantão perguntam: que solução têm “os direitos humanos” para o problema? E quando a resposta é:

– a redução do número de crimes que o legislador é incapaz de fazer (e faz o contrário);

– a substituição das penas que os juízes muitas vezes não fazem, além da difícil implementação das audiências de custódia (por não serem prioritárias na política judiciária);

– a supervisão da pena de prisão não realizada pelo Ministério Público;

– a ação ilegal da polícia, que não tem controle externo (Ministério Público) ou interno (Corregedorias);

– a necessidade de concurso e contratação de defensores públicos em número suficiente, entre outros profissionais que não aqueles que atuam estritamente na área jurídica, como peritos e assistentes sociais...

... retrucam que essas medidas não servem para ter reflexos imediatos.

Então, um problema que foi gestado nessas décadas precisa de uma solução mágica, que não existe, e que nas condições descritas neste texto produz respostas ilegais por parte do próprio Estado, por exemplo, o desvio de recursos do Fundo Penitenciário para que as Forças Armadas atuem em tema que não é de sua habilidade nem de sua competência.

Os casos de violência que explodiram no início deste ano revelam que o empresário do *business* prisional não é mais qualificado que o Estado para essa tarefa de domar o monstro que é a prisão brasileira – ou, em outras palavras, demonstram que o particular é tão desqualificado quanto o Poder Público, quando se trata de administrar o “inadministrável”. A grande “máquina de moer pobres”, sobretudo jovens e negros, desafia a razão e a sensibilidade.

Diante da monstruosidade, primeiro nos diferenciamos – são eles os facínoras, nós não, como se o crime fosse algo extrínseco ao humano. Ao mesmo tempo, a monstruosidade exerce seu fascínio, porque precisamos dos demônios para afirmar nossa bondade, exatamente porque, saibamos ou não, em nós também habita uma besta-fera. Pensamentos que não ousamos confessar, e atitudes que recalamos são, segundo Sigmund Freud, aquilo que justifica e preserva a norma e nos faz necessitados de bodes expiatórios que nos assegurem a subsistência dos prazeres e das transgressões. Às vezes, “a parte obscura de nós mesmos” – expressão de Elisabeth Roudinesco –, que tentamos dissimular incessantemente, vem à superfície em forma de atos ou de linguagem.

A propósito das cenas chocantes da violência em Manaus e em Boa Vista, uma autoridade do Governo Federal, Bruno Júlio (PMDB), então Secretário Nacional da Juventude, filho do ex-Deputado Federal Cabo Júlio, prestando adesão simbólica à violência de presos contra presos, escancarou toda sua bondade e externou sua íntima convicção de que “tinha era que matar mais” e “tinha que fazer uma chacina por semana”. A declaração, que um dos maiores veículos de comunicação do Brasil nomeou, de maneira camarada e

eufemística, de “polêmica” (*sic*), gerou apenas o pedido de demissão do adepto da pena de morte à brasileira – pedido aceito por Michel Temer, que, aliás, inseriu o episódio na ordem do “acidente”, embora “pavoroso”. O pior é que não faltarão aplausos ao bondoso secretário, assim como não faltaram juízes para anular a condenação dos responsáveis pela chacina do Carandiru.

O que ainda nos espanta é o fato de os Estado ou os governos, por ação ou omissão, manterem e reproduzirem ilegalidades, ao mesmo tempo que o cumprimento da regra legal é uma imposição a todas as pessoas, aí também incluídos os grupos marginais. No Estado Democrático de Direito, todos devem obediência à lei, inclusive e especialmente o Estado que as formula.

10. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. Universidade de Saarland, Alemanha, 1990.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização e as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BOGHOSSIAN, Bruno; RIZZO, Alana. O avanço do general. *Época*, 23.01.2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mutirão Carcerário: raio X do sistema penitenciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf]. Acesso em: 12.07.2013.
- DIAS, Camila Nunes. *Entrevista à CBN*. Disponível em: [http://cbn.globo.com/programas/cbn-noite-total/2017/01/16/NAO-EXISTE-POLITICA-PRISIONAL-NO-BRASIL.htm]. Acesso em: 18.01.2017.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1984.
- IBCCRIM. Audiências de Custódia – um ano desde a Resolução CNJ 2013.
- IDDD. *Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo*. São Paulo, 2015.
- INSTITUTO SOU DA PAZ. *O impacto da Lei das Cautelares nas prisões em flagrante na Cidade de São Paulo*. Julho de 2014.
- MENES, Sam. *007 contra Spectre*. Filme. Reino Unido, 2015.
- MVUMBI, Betuel Virgilio. *Drogas e democracia: reflexões sobre as políticas nacionais e internacionais de controle*. Dissertação de Mestrado. Orientadora Cristina Zackseski. Brasília: UnB, 2016. Anexos.

- OTTOBONI, Mário. *Parceiros da ressurreição*. São Paulo: Paulinas, 2004.
- OTTOBONI, Mário. *Vamos matar o criminoso?* São Paulo: Paulinas, 2006.
- PARANÁ põe fim à terceirização de presídios. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: [<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2008200619.htm>]. Acesso em: 12.01.2017.
- SILVA, M. E. F.; ZACKSESKI, Cristina. O estranho caso do auxílio-reclusão nas redes sociais. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 243, p. 14-15, 2013.
- VARGAS, Beatriz. *A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal*. Tese de doutorado do programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB, trabalho não publicado. Brasília, 2010.
- VARGAS, Beatriz. *Pena e trabalho: referências para um exercício de reflexão crítica sobre o trabalho como elemento do discurso moderno de ressocialização do preso*. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da (Coord.). *Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. São Paulo: LTr, 2016.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- WACQUANT, Loïc. La prisión es una institución fuera de la ley. *Delito y Sociedad*, v. 1, n. 17, 2002. Disponível em: [<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/DelitoYSociedad/article/view/5430>].
- ZACKSESKI, Cristina. A imposição das tornozeleiras. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 199, p. 6-7, 2009.
- ZACKSESKI, Cristina. *Corregedorias de Polícias Cíveis e Militares do Nordeste brasileiro: diretrizes para qualificação do controle interno da atividade policial*. Brasília: SENASP/PNUD, 2016.
- ZACKSESKI, Cristina. O excesso punitivo como violência. *Espacio Abierto*, Montevideo, n. 19, p. 117-124.
- ZACKSESKI, Cristina. *O problema dos presos sem julgamento no Brasil*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2010 (Documento).
- ZACKSESKI, Cristina. Relações de trabalho nos presídios. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 23, p. 31-53, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A sujeição pela disciplina: religião e castigo na prisão, de Camila Caldeira Nunes Dias – *RBCCrim* 73/268-298 (DTR\2008\363);
- A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador, de Vinícius de Assis Romão – *RBCCrim* 128/307-345 (DTR\2017\212);
- Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil, de Cristina Zackseski, Bruno Amaral Machado e Gabriela Azevedo – *RBCCrim* 126/291-331 (DTR\2016\24555); e
- O monitoramento eletrônico e os direitos e garantias individuais, de Juliana Burri – *RT* 904/475-493 (DTR\2011\1186).

A RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL DO BRASIL PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELO CRIME DE GENOCÍDIO CONTRA A POPULAÇÃO NEGRA BRASILEIRA

THE BRAZILIAN STATE'S INTERNATIONAL RESPONSIBILITY BEFORE THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT FOR THE CRIME OF GENOCIDE COMMITTED AGAINST ITS BLACK POPULATION

JOÃO PEDRO DUARTE BACELAR

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (agosto de 2017).
jplbacelar@gmail.com

Recebido em: 01.05.2017

Aprovado em: 06.06.2017

Última versão do autor: 26.06.2017

ÁREAS DO DIREITO: Direitos Humanos; Internacional; Penal

RESUMO: O objetivo de estudo deste artigo é demonstrar a possibilidade de responsabilização do Estado brasileiro, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelos crimes praticados contra sua população negra, que, em conjunto, demonstram uma política genocida de Estado. Para tanto, será realizada inicialmente uma abordagem histórica da noção de raça e da posição dos negros e negras na sociedade, desde a época colonial até a contemporaneidade. Após, serão demonstradas as maneiras por meio das quais o Estado tem eliminado sua população negra e a busca interminável das elites brancas em se livrar da "mancha negra" criada com o tráfico negreiro. Em seguida, será demonstrado o porquê de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ser adequada para o julgamento do Brasil pela prática dessas violações. Por fim, serão delineadas algumas das possíveis consequências advindas de uma condenação internacional do Estado

ABSTRACT: The main goal of this paper is to demonstrate that Brazil can be held responsible, before the Inter-American Court of Human Rights, for the crimes committed against its black population which, when put together, serve as evidence of a genocidal State policy. For that matter, an historical approach of the idea of race and the position held by black people in society will be made, starting on the colonial era up until today. After that, the measures taken by the State to eliminate its black population will be shown, along with the never-ending will of the white elite to get rid of the "black stain" created by slave trade. Moving on, the reason why the Inter-American Court of Human Rights was chosen as the most adequate international court to try the Brazilian State for the aforementioned violations will be demonstrated. Finally, some of the possible consequences of an international conviction of the Brazilian State for the practice

brasileiro pelo genocídio de sua população negra e de que forma essas consequências serão benéficas não só para os nacionais brasileiros, mas para toda a sociedade mundial.

PALAVRAS-CHAVE: Genocídio – População Negra – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Responsabilização Internacional – Racismo.

of genocide against its black population will be shown as well as how those consequences can benefit not only Brazilian nationals, but also the entire international community.

KEYWORDS: Genocide – Black Population – Inter-American Court of Human Rights – International Responsibility – Racism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Extermínio da população negra no Brasil. 2.1. A raça como definidora do caráter humano. 2.2. O racismo na constituição da desumanização dos corpos negros: do navio negreiro às favelas. 2.3. As diferentes formas de extermínio da população negra brasileira. 2.4. Os programas de combate ao extermínio da juventude negra no Brasil. 3. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos e possíveis caminhos à responsabilização do Estado pelo extermínio da população negra. 3.1. O genocídio. 3.2. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos. 3.3. O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. 3.3.1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 3.3.2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4. Da possibilidade de responsabilização do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4.1. Da adequação fático-normativa entre o extermínio da população negra brasileira e o genocídio previsto em normas internacionais, e da dificuldade em seu reconhecimento. 4.2. Da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar o caso apresentado. 4.3. Possíveis consequências da condenação do Estado brasileiro. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O estudo em questão se insere na área do Direito Internacional Público, do Direito Penal e dos Direitos Humanos, tendo como objetivo analisar a possibilidade de se responsabilizar internacionalmente o Estado brasileiro pelas graves violações de direitos humanos perpetradas contra sua população negra. Nesse diapasão, será discutido qual o tribunal competente e o mais adequado para que se dê tal julgamento, e quais os resultados esperados.

A população negra mundial, desde a Antiguidade, era vista como bruta e sem razão, como se pode perceber pelos atributos negativos atribuídos à cor negra através dos séculos. Pintado como um animal, o negro deveria ser “salvo” pelos brancos civilizados, e seu propósito na terra era apenas servi-los e se contentar com a posição de inferioridade que lhe era imposta.

Com isso em mente, o primeiro capítulo tratará da maneira como a raça foi abordada historicamente, e de que forma estudiosos europeus contribuíram para dar ares de cientificidade à suposta inferioridade da raça negra. Será demonstrada a maneira como os seres humanos foram divididos em diferentes

raças, a ideia de que o caráter de uma pessoa seria determinado pela cor de sua pele, e a forma com a qual as elites brancas europeias se utilizaram dessa divisão para aumentar e manter seu próprio poder. Algumas das formas pelas quais se dá o genocídio negro serão estudadas, demonstrando que não é apenas por homicídios que se pode buscar a completa destruição de uma raça ou grupo de indivíduos.

Ainda, será feita uma análise histórica acerca da desumanização dos corpos negros desde a época colonial, iniciando com o tráfico negreiro. As raízes das estruturas de poder surgidas naquela época serão estudadas, e demonstrar-se-á de que forma elas são mantidas até os dias de hoje. É aí que se pode notar as diversas manipulações históricas realizadas pelas elites para manter sua posição e *status* social, como o mito da democracia racial brasileira e o da benevolência do senhor de escravos. As estratégias de embranquecimento sociocultural brasileiro, como a promulgação de leis que facilitariam a vinda de imigrantes brancos europeus para o Brasil, também serão tratadas. Ainda nesse capítulo, serão considerados os programas de combate ao extermínio da juventude negra no Brasil, uma das formas mais visíveis do genocídio do povo negro, e suas consequências.

Já ao segundo capítulo caberá o estudo do sistema global e do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e sua eficácia, além da definição normativa do crime de genocídio e um breve relato acerca da discussão de seu alcance. Aqui, será demonstrada a razão de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ser a mais adequada para julgar o Estado brasileiro pelo crime de genocídio perpetrado.

O terceiro capítulo, por sua vez, demonstrará que a política estatal brasileira de extermínio negro configura, sem sombra de dúvidas, uma política genocida e que, diante da total impossibilidade de ser tal tema tratado no âmbito doméstico, faz-se necessária a submissão do caso à comunidade internacional para que providências verdadeiras possam ser tomadas visando deter as mencionadas violações. Também serão tratadas as dificuldades para o reconhecimento do crime de genocídio na seara internacional quando as vítimas são pessoas não brancas, e as formas por meio das quais essas dificuldades podem ser superadas.

Por fim, espera-se firmar a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o julgamento do Estado brasileiro pelos crimes cometidos, e, finalmente, explicitar quais as possíveis consequências e melhorias decorrentes de uma necessária condenação.

2. EXTERMÍNIO DA POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL

2.1. A raça como definidora do caráter humano

Antes mesmo da classificação da humanidade em diferentes raças por “estudiosos”, a cor negra já possuía características negativas. O que se percebe é que, desde a Antiguidade greco-romana, a imagem da África já era distorcida como um lugar de figuras monstruosas, uma “porta para o inferno”, sendo tal pensamento compartilhado pela cultura islamita e já utilizado como justificativa para a escravidão¹. Ainda, a imagem do negro na Europa, já no século XVI, era assim difundida: “[os negros] são brutos e sem razão, sem inteligência e sem experiência. Eles não têm absolutamente nenhuma noção do que quer que seja. Eles assim vivem como as bestas, sem regras e sem leis”².

A percepção de diferentes raças criou uma divisão irreversível na sociedade mundial, de forma que cada raça teria seu lugar no planeta, e seus direitos seriam definidos pela sua importância e grau evolutivo. Nesse diapasão, estudiosos desenvolveram diversas teorias tendo a raça como tema principal, determinando que a existência de diferentes tipos humanos forçava uma hierarquização racial³.

No século XIX, surgem teorias que atestavam a inferioridade da raça negra e a superioridade da raça branca, além de uma “ciência antropológica” que buscava demonstrar que os elementos físicos dos homens determinavam seu caráter e sua conduta. A cor se torna, então, determinante para o ser de uma pessoa.

Com bem enfatiza Evandro Piza Duarte:⁴

As teorias sobre o estudo do racismo (como processo de exclusão) representaram uma verdadeira revolução científica no campo dos estudos sobre relações raciais: deslocaram sua atenção para o modo como grupos humanos construíram e reforçaram relações de poder a partir de práticas e discursos sobre a diferença.

1. COHEN, W. *Français et africain*. Paris: Gallimard, 1980. Apud SANTOS, Gislene Aparecida dos. *A invenção do “ser negro”: um percurso das idéias que naturalizaram a inferioridade dos negros*. Rio de Janeiro: Pallas, 2005. p. 43.
2. L'AFRICAIN, Jean León. *Description de l'Afrique*. Paris: Gallimard, 1956. Apud SANTOS, Gislene Aparecida dos. *A invenção do “ser negro”: um percurso das idéias que naturalizaram a inferioridade dos negros*. Rio de Janeiro: Pallas, 2005. p. 54.
3. SANTOS, Gislene Aparecida dos. Op. cit., p. 49.
4. DUARTE, Evandro Piza. Paradigmas em criminologia e relações raciais. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 238, 2016. p. 226-500.

Pode-se perceber, pelo exposto, que se essa fixação racial, como afirma Hannah Arendt, se deu pela necessidade de unidade nacional, uma vez que, tendo em vista o conceito vazio de “nação”, o racismo ganha forças para que os Estados, ao empregar políticas expansionistas e imperialistas, possam subjugar mais facilmente outros povos⁵. Nota-se, então, que o racismo serve como justificativa para o exercício de uma nova forma de poder, surgida com o “descobrimento” de novas partes do mundo e de outras populações com culturas diferentes, não aceitas pelos europeus colonizadores.

Nesse sentido, conforme explicitado por Foucault⁶, durante a segunda metade do século XVIII – exatamente quando se encontram lançadas as bases para a teoria do “racismo científico”, como demonstrado anteriormente –, surge uma nova tecnologia de poder, diferente do direito de espada exercido pelo soberano, que detinha o poder de deixar viver ou fazer morrer.

Essa nova forma de poder, que será chamada por aquele autor de “biopolítica”, trata do mapeamento dos nascimentos e dos óbitos, com um esboço do que, mais tarde, seria uma política de natalidade, preocupando-se o Estado não mais com o indivíduo ou com a sociedade em si, mas com um conjunto de indivíduos e os fenômenos aleatórios que os afetam, enquanto população. É a partir dessa biopolítica que, conforme defendido por Foucault, o racismo de Estado surge como mecanismo fundamental de poder.

Isso porque é por meio do racismo que se pode definir o que deve viver e o que deve morrer, sendo a sua primeira função exatamente a de “fragmentar, fazer censurar no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder”⁷. Além disso, o racismo serve, também, como permissivo de uma relação positiva, desenvolvida pelos eugenistas e racialistas, derivada do pensamento de que, para viver bem, uma raça deve eliminar aquelas mais fracas e inferiores, sendo que é a morte da raça inferior que deixará, obrigatoriamente, a vida da raça superior mais saudável e mais pura:

(...) quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mas eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar.⁸

5. Ibidem, p. 61.

6. FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de março de 1976. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 285-315.

7. Idem.

8. Idem.

Defende o autor, então, que o racismo é posto como condição do exercício do direito de matar. Matar o outro, o anormal, os inimigos internos e externos da população, sendo a raça a condição primeira para que se aceite como normal o ato de retirar a vida alheia.

Por intermédio do evolucionismo, usando o racismo como um meio, seria justificável o extermínio praticado pelos colonizadores contra as civilizações “inferiores” e “subdesenvolvidas” encontradas no novo mundo. A raça primitiva deveria ser entendida como um perigo à própria existência da raça superior para que se torne aceitável e até mesmo preferível seu extermínio. É aí que se fortalecem as teorias defensoras da existência de um caráter intrínseco a cada raça. É por meio dos ideais de raça, de sua eliminação e purificação, que os Estados modernos podem exercer seu poder soberano.

O que se nota, a partir dos dados apresentados, é que a elite branca europeia se incumbiu do papel de desumanização das demais raças, e, sobremaneira, da raça negra, de forma a tornar o extermínio, praticado desde a colonização até os dias atuais, uma conduta justificável e permitida. Com o passar do tempo, entretanto, as “técnicas” de disseminação e perpetuação do racismo foram se tornando mais sofisticadas e sutis. A manutenção do *status quo* por meio da manipulação da imagem da população negra, mostrada pela elite branca como algo perigoso, que deveria ser evitado e mantido longe, sob vigilância constante, segue como um dos objetivos buscados por aqueles que sempre detiveram o poder.

2.2. *O racismo na constituição da desumanização dos corpos negros: do navio negreiro às favelas*

De início, deve-se ter em mente o caráter desumanizador do racismo como forma de catalogação de indivíduos, conferindo, no caso brasileiro, desde o sistema colonial, as bases para a sustentação da colonização, exploração de mão de obra dos africanos escravizados, extermínio do povo negro e indígena, e concentração de poder pela elite branca. O poder dos senhores sobre a vida dos seus escravos – bem como aquele poder de espada concentrado nas mãos do soberano – e a sua transformação no biopoder de Foucault, justificando o extermínio da população negra até os dias de hoje, decorre exatamente do racismo sobre o qual se apoiou e ainda se apoia o Brasil para se fazer viável enquanto país⁹.

9. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006. p. 13.

Assim, o racismo deve ser compreendido como uma política de Estado que visa, historicamente, o controle e o extermínio das populações negra e indígena, pintadas, desde os tempos do Brasil colônia, como um empecilho para o progresso e avanço da nação¹⁰.

Contudo, como já explorado, o racismo na modernidade não pode mais ser explícito como o era na colônia, nem mesmo como política estatal – vide o *apartheid* na África do Sul e a segregação estadunidense –, tendo suas práticas se tornado mais sutis e sofisticadas.

Para isso, criou-se, no Brasil, um mito. Voltado para a minoração da culpa do colonizador, para a redução das acusações dirigidas ao opressor, esse mito se constrói na ideia do “branco benevolente”, na ideia de que, no Brasil, a escravidão foi “menos dura” do que em outras colônias americanas, chegando ao ponto absurdo de propor que os negros escravizados – e, depois, libertos – deveriam agradecer aos seus senhores por tamanha benevolência¹¹.

Nesse sentido, incontáveis manipulações históricas – incluídas aí as ideias de que “os próprios africanos trouxeram a ideia de escravidão para as Américas” e de que a escravidão havia sido, de fato, menos dura no Brasil – culminaram no conceito da “democracia racial” brasileira, ou seja, no conceito de que, nessa sociedade, brancos e negros conviviam harmoniosamente.

Por meio da democracia racial, o racismo brasileiro foi sistematicamente negado, de forma que o Estado aparentava ser neutro, tratando todos os seus súditos como iguais. O racismo, então, seria apenas um problema a ser tratado no nível particular. Na verdade, o que ocorreu foi a confusão – causada e mantida pela elite – entre tolerância racial e democracia racial, propriamente dita. O padrão social brasileiro, até hoje mantido, foi construído sobre uma sociedade escravagista, que visa, desde os seus primórdios, a manutenção do negro sob a sujeição do branco¹².

A narrativa tida como oficial das relações sociais brasileiras – a da harmonia entre as raças – começa a se consolidar a partir do século XX, visando sempre a negativa do racismo intrínseco ao modelo de sociedade existente. Assim, a

10. Ibidem, p. 36.

11. NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 53.

12. FERNANDES, Florestan; PEREIRA, João Baptista Borges; NOGUEIRA, Oracy. A questão racial brasileira vista por três professores. *Revista USP*, São Paulo, n. 68, dez.-fev. 2005/2006. p. 168-179.

ideia de democracia racial servia como uma nova forma de dominação que, ao afastar o conflito direto, mantinha ilesas as desigualdades raciais¹³.

O que se verifica, para além disso, é que o sistema penal representa a forma mais fácil de se perceber o projeto de Estado voltado para o extermínio e controle de uma população específica. É por meio do aparato criminal, com a ajuda da mídia e da própria propaganda estatal, que se pode voltar uma sociedade inteira contra determinado grupo de indivíduos. Cria-se um inimigo interno – o negro – para então ligar sua imagem àquela de criminoso, que deve ser preso ou morto, tudo em nome da proteção da sociedade.

Nesse sentido, a existência desses “criminosos” inviabiliza a sobrevivência de toda a sociedade, como bem explica Foucault:

É preciso que se chegue a um ponto tal que a população inteira seja exposta à morte. Apenas essa exposição universal de toda a população à morte poderá efetivamente constituí-la como raça superior e regenerá-la definitivamente perante as raças que tiverem sido totalmente exterminadas ou que serão definitivamente sujeitadas¹⁴.

Outrossim, as bases do sistema penal brasileiro nunca foram modificadas, desde o período colonial. O que ocorreu, ao longo da história, foi a sofisticação do mesmo padrão, de modo que o projeto penal em curso no Estado brasileiro deve ser investigado desde o seu início para que se possa demonstrar de forma clara a desumanização dos corpos negros, mantida e propagada até os dias atuais.

Deve-se destacar, ainda, que, durante toda a história do Brasil, fez-se presente um projeto de controle e extermínio da população negra, ainda vigente, encoberto pelo mito da democracia racial e do “discurso da harmonia”¹⁵.

Se, durante o período escravagista, a vigilância se voltava explicitamente contra os corpos negros e, logo após a Lei Áurea, contra os “vadios” – que nada mais eram que os próprios negros libertos –, hoje, ela se volta contra os “não consumidores”, gerando uma maior criminalização da pobreza, visto que aquelas pessoas que não consomem são inúteis ao capitalismo. Com isso, ao notar

13. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006. p. 38.

14. FOUCAULT, Michel. (2005) Aula de 17 de março de 1976. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, p. 285-315.

15. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 42.

que a maioria dos bairros pobres é composta por pessoas negras, verifica-se que o racismo institucional continua a se fazer presente no cotidiano brasileiro¹⁶.

O que se tem verificado é uma gradual – e sempre presente – expulsão dos negros e negras dos grandes centros urbanos, sendo-lhes relegados os locais mais afastados das cidades, onde, logo após a abolição, foram permitidos seus assentamentos. Essa indiscutível segregação habitacional é promovida até os dias atuais, mas sob o pretexto da pobreza, pois, como já discutido, se tenta propagar a imagem de que os problemas enfrentados, hoje, pela população negra brasileira nada têm a ver com a cor de sua pele, visto ser este país uma verdadeira democracia racial.

Ora, como bem disse Abdias do Nascimento¹⁷:

Se os negros vivem nas favelas porque não possuem meios para alugar ou comprar residência nas áreas habitáveis, por sua vez a falta de dinheiro resulta numa discriminação no emprego. Se a falta de emprego é por causa da carência de preparo técnico e de instrução adequada, a falta desta aptidão se deve à ausência de recurso financeiro. Nesta teia, o afro-brasileiro se vê tolhido de todos os lados, prisioneiro de um círculo vicioso de discriminação – no emprego, na escola – e trancadas as oportunidades que permitiriam a ele melhorar suas condições de vida, sua moradia inclusive. Alegações de que esta estratificação é “não-racial” ou “puramente social e econômica” são *slogans* que se repetem e racionalizações basicamente racistas: pois a raça determina a posição social e econômica na sociedade brasileira.

Da mesma forma, como asseverado por Evandro Piza Duarte:¹⁸

(...) embora possuindo qualificação profissional similar aos segmentos étnicos de ascendência predominantemente européia, os profissionais afro-brasileiros, com destaque para o grupo feminino, não têm acesso aos postos de direção nas empresas e são alocados em postos inferiores, recebendo metade da remuneração que é paga àquele outro grupo.

Ou seja, o que se percebe é que, desde os tempos do Brasil colônia, o que se tem feito é uma verdadeira negação à população negra de seus direitos mais

16. BATISTA, Nilo. *A violência do Estado e os aparelhos policiais*. Apud FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 87.

17. NASCIMENTO, Abdias do. Op. cit., p. 85.

18. DUARTE, Evandro Piza. O debate sobre as relações raciais e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. *Universitas. Jus* (UNICEUB), v. 1, p. 110-145, 2004.

básicos, a começar pela liberdade, mas englobando, entre outros, sua vida, emprego, estudo e moradia. E pior, a elite governante não parece disposta a aceitar todo o mal causado por ela nem a diminuir a desigualdade criada por suas práticas.

2.3. As diferentes formas de extermínio da população negra brasileira

Passado esse breve histórico da desumanização dos corpos negros e demonstrada a forma como o Estado tem procurado embranquecer sua população e exterminar aquela raça que, desde antes da colonização, era vista como inferior, pode-se delinear as formas de extermínio postas em prática até hoje.

O dado mais fácil de ser constatado é a vitimização de jovens negros por homicídio no Brasil. De acordo com o Mapa da Violência, em 2014, foram mortos 158,9% mais negros do que brancos¹⁹. Além disso, a taxa de homicídio entre adolescentes negros é quase quatro vezes maior que entre os brancos (36,9 a cada 100 mil habitantes, contra 9,6)²⁰.

Outro dado preocupante é o da violência policial praticada contra essa população, especialmente as situações em que envolvem morte de jovens negros – geralmente justificadas pelos autos de resistência, bem explicados por Sylvia Amanda da Silva Leandro²¹:

“Homicídio por auto de resistência” é a classificação, nos registros policiais, dada às mortes de civis em confronto com as forças policiais. Essa categorização implica entender que aquela morte teria ocorrido porque o sujeito morto teria entrado em confronto com os policiais e que, assim, os policiais teriam agido em legítima defesa. Trata-se, portanto, da classificação que é aplicada nos Registros de Ocorrência nas Delegacias da Polícia Judiciária, tendo por informantes e testemunhas os próprios policiais que participaram do confronto.

19. WASEILFIZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2016: homicídios por armas de fogo no Brasil. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf]. Acesso em: 11.04.2017.

20. WASEILFIZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2013: homicídios e juventude no Brasil. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicídios_juventude.pdf]. Acesso em: 11.04.2017.

21. LEANDRO, Sylvia Amanda da Silva. Breves apontamentos sobre o tratamento judiciais dos “homicídios por auto de resistência” no Rio de Janeiro. Disponível em: [www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=18]. Acesso em: 11.04.2017.

Por meio desse instrumento, os homicídios praticados por policias não são registrados nem vistos como os verdadeiros homicídios que são, mas sim como simples reação de um agente da lei contra um criminoso em uma situação perigosa. Dessa forma, os autos de resistência têm sido utilizados sistematicamente como forma de encobrir o extermínio de jovens negros pela polícia, uma vez que sequer são investigados.

Apenas como exemplo, dos 510 registros de ocorrência sobre autos de resistência na cidade do Rio de Janeiro, em 2005, apenas três foram transformados em denúncia formulada pelo Ministério Público à Justiça. Isso porque há, de fato, um descaso com a apuração da materialidade do homicídio, visto que o que ocorre é um julgamento da pessoa da vítima, e não do autor do homicídio, colocado, de maneira falsa, na posição de legítima defesa própria²².

O que se apura é a leniência em todo o sistema da justiça criminal em relação a essas execuções extrajudiciais. Tratando-se de vítimas pobres, desassistidas de amparo legal, moradoras de favela com forte presença do tráfico de drogas, o mesmo Estado que não provê políticas públicas de inclusão social e de combate eficiente à criminalidade é aquele que ignora o genocídio dos jovens negros²³.

Como se vê, a imagem do negro, sempre descrito pela elite e pela mídia como perigoso e inferior conforme demonstrado ao longo deste capítulo, contribui de maneira ímpar para que esses homicídios sejam ocultados e não investigados. A ideia que se tenta passar é a de que essas mortes apenas livraram a sociedade de mais um criminoso, impedindo um olhar mais profundo sobre a matéria – o que significaria o reconhecimento da multicitada política estatal de extermínio.

Outrossim, há maneiras muito mais silenciosas de destruição, também praticadas pelo Estado brasileiro. Entre elas está a questão da saúde da mulher negra e as questões de caráter reprodutivo. Conforme um estudo realizado por Alaerte Martins, no Paraná, em 2000, citado por Ana Luiza Flauzina, constatou-se que:

As mulheres negras morrem 6,6 vezes mais do que as mulheres brancas e que, surpreendentemente, as amarelas morrem 7 vezes mais do que as outras.

22. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO SOBRE O ASSASSINATO DE JOVENS. Senado Federal. Relatório final. Brasília, 2016. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens]. Acesso em: 10.04.2017.

23. Idem.

Analisando esses dados, a interpretação é a de que a categoria raça cumpre uma função estratégica na produção da morte materna. Partindo do pressuposto que se afasta da diversidade humana e centra todo o seu interesse na corporalidade branca, a medicina acaba por negligenciar as singularidades que apontam para predisposições biológicas em cada seguimento. Assim, tanto as mulheres negras como as mulheres autodeclaradas amarelas, mesmo essas últimas com índices sócio-econômicos elevados, sofrem os efeitos de uma medicina preparada para intervir e resguardar fundamentalmente a saúde do contingente branco²⁴.

Ainda sobre esse tema, importante ressaltar a negligência médica quanto à saúde da mulher negra, mais especificamente no que diz respeito aos miomas, que atingem essas mulheres de maneira significativa. Podendo escolher entre três tipos de tratamento para tal enfermidade, entre os quais o mais radical é a retirada do útero (histerectomia), o que se verifica é que esse procedimento tem maior aplicação em mulheres negras quando o quadro é comparado com mulheres brancas em situações idênticas²⁵.

Com mais esse caso, nota-se que o racismo presente na sociedade impede, inclusive, o surgimento de gerações futuras, não sendo suficiente a matança daquelas que já nasceram. Some-se a isso a falta de oportunidade de empregos, a marginalização da parcela negra da população pela sociedade e pela mídia, a criação do mito do negro criminoso, a mencionada segregação habitacional realizada... Até mesmo no sistema educacional, o racismo se expressa mediante tratamento desigual dos professores entre alunos brancos e negros, chegando até mesmo ao conteúdo do material didático, “eivado de mensagens implícita ou explicitamente preconceituosas e racistas”.²⁶

Não há como negar, ainda, que, no âmbito do Poder Judiciário, as penas impostas são mais gravemente aplicadas aos réus negros, além da desclassificação do crime de racismo para o de injúria simples por parte da maioria dos juízes brasileiros.

Ainda se deve tratar da exploração sexual da mulher africana, tal qual explicitado por Abdias do Nascimento, iniciado nos tempos da colônia pela prática

24. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 104.

25. Ibidem, p. 105.

26. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO SOBRE O ASSASSINATO DE JOVENS. Senado Federal. Relatório final. Brasília, 2016. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens]. Acesso em: 10.04.2017.

dos senhores de escravos de manter mulheres negras ao seu dispor. Esse é um dos fatores que levam essas mulheres, ainda nos dias de hoje, a ser “vítima fácil, vulnerável a qualquer agressão sexual do branco”²⁷.

Dessa forma, o que se tem é um projeto estatal que visa erradicar a raça negra do Brasil, vitimando preferencialmente jovens negros, conforme demonstrado, como cerne da continuidade do grupo. Essa vitimização comprova, assim, o que se já tem argumentado há anos: “não se trata apenas de um processo herdado de um passado que tende a desfalecer, mas, ao contrário, de um investimento diuturnamente renovado, em que o Estado, como sócio majoritário, não poderia mesmo intervir”²⁸.

Por fim, as elucidativas palavras de Edson Cardoso:²⁹

Há um negócio contra o preto no Brasil. Esta é uma frase do sociólogo Guerreiro Ramos, de saudosa memória. Um troço estranho, profundo, que quer impedir a qualquer custo a continuidade da vida dos descendentes daqueles “que criaram a possibilidade de existência do Brasil”. Uma cultura política que recebe esses dados extremos, de extermínio de toda uma geração de jovens negros, sem tugar nem mugir, está evidentemente impregnada de racismo. E, dessa ótica preconceituosa, entende que os conflitos gerados pelas desigualdades raciais são inconciliáveis. Não podem ser resolvidos de nenhuma outra forma, só matando. Não se age contra esse estado de coisas porque não se encontra razão que justifique por que os negros devem permanecer vivos. É simples assim.

É dessa maneira que o Estado se volta, como sempre se voltou, contra aqueles sem os quais a sua própria existência não teria sido possível: exterminando-os e apagando-os da História, aumentando o papel desempenhado pela elite branca na sua construção, e diminuindo as torturas, homicídios e outros horrores praticados por ela contra os negros e negras que, inicialmente, foram arrancados de suas nações e escravizados, forçados a fazer parte de um projeto de sociedade que os despreza e inferioriza a cada oportunidade.

27. NASCIMENTO, Abdias do. Op. cit., p. 61.

28. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 117.

29. CARDOSO, Edson. Pesquisas, extermínio e omissões. *IROHIN*, Brasília, ano X, n. 8, dez.-jan. 2004-2005, p. 2.

2.4. *Os programas de combate ao extermínio da juventude negra no Brasil*

Em razão do preocupante quadro apresentado, inúmeros órgãos internacionais, além de ONGs e até mesmo órgãos do governo, mostraram preocupação com o extermínio da juventude negra no Brasil, chegando a apresentar propostas para combatê-lo. O relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Assassinato de Jovens, no âmbito do Senado Federal, campanhas da Anistia Internacional, além de inúmeras outras denúncias a órgãos internacionais acerca da violação de direitos humanos ocorrida no Brasil demonstram que há um nível de consciência cada vez maior sobre o assunto.

Assim, chamando atenção para o verdadeiro extermínio dos jovens negros brasileiros, a mencionada CPI, em seu relatório final, recomenda a adoção de diversas medidas, como o fim dos autos de resistência, a criação de bancos de dados com informações acerca da violência no País, e a compreensão da violência como um problema multifacetado, sendo necessária a construção de iniciativas articuladas e intersetoriais.

Em que pese o cumprimento de algumas das propostas recomendadas, em especial o fim dos autos de resistência, o que se verifica é que não foram realizadas mudanças verdadeiras. No caso dos referidos autos, uma resolução, publicada do Diário Oficial da União em 2016³⁰, determinou que as ocorrências deverão ser registradas como “lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial” ou “homicídio decorrente de oposição à intervenção policial”, e que o Ministério Público deve ser notificado de maneira obrigatória.

Ocorre, contudo, que tal nomenclatura mantém o peso do pré-julgamento sobre a vítima, e não sobre o verdadeiro autor do homicídio. A ideia de “oposição” demonstra que a pessoa morta estava, de alguma forma, resistindo à ação policial, da mesma forma que era registrado nos autos de resistência – agora abolidos, em teoria. Dessa forma, a medida foi vista por diversos grupos de direitos humanos, como a Anistia Internacional, como dotada de pouco ou nenhum efeito prático³¹.

30. BRASIL. Resolução Conjunta CSP/CONCPC 2, de 13 de outubro de 2015. Disponível em: [<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=8&data=04/01/2016>]. Acesso em: 10.04.2017.

31. ANISTIA INTERNACIONAL. Nota Pública: Resolução do Conselho Superior de Polícia mantém a lógica dos “autos de resistência”. Disponível em: [<https://anistia.org.br/noticias/resolucao-conselho-superior-de-policia-mantem-logica-dos-autos-de-resistencia-afirma-anistia-internacional/>]. Acesso em: 12.04.2017.

Além da CPI e da medida institucional acerca dos autos de resistência, merece destaque a campanha da Anistia Internacional Jovem Negro Vivo, que busca chamar atenção e denunciar o extermínio da juventude negra em curso no Brasil, e o trabalho realizado por diversas outras ONGs com o mesmo objetivo.

No âmbito governamental, também se deve ressaltar o plano Juventude Viva, iniciado em 2013 pelo Governo Federal, que, buscando a redução da vitimização dos jovens – especialmente negros – pela violência e homicídios, divide-se em quatro eixos: a desconstrução da cultura de violência; a inclusão, oportunidade e garantia de direitos; a transformação de territórios e o aperfeiçoamento institucional. Assim, o primeiro eixo visa a *Identificação* de ações de violência contra a juventude negra que foi historicamente naturalizada, apontando seus padrões e oferecendo novos repertórios aos agentes que a realizam; *Sensibilização* da opinião pública sobre a banalização da violência e a necessidade de valorização da vida da juventude e da garantia de seus direitos; e *Demonstração* de que a violência não pode, em momento algum, ser utilizada como forma legítima de resolução de conflitos³².

Tratando-se da inclusão, oportunidade e garantia de direitos, o segundo eixo faz-se presente por meio da “implementação de mecanismos de criação de oportunidades de inclusão social e autonomia para os jovens vulneráveis, buscando efetivar os direitos garantidos constitucionalmente e historicamente negados”³³.

Já a transformação de territórios diz respeito à “ampliação da presença do poder público nos bairros mais afetados pela violência, com a oferta de serviços públicos ligados a ensino, cultura, esporte e lazer”³⁴, enquanto o eixo final trata do combate efetivo ao racismo institucional, por meio do reconhecimento pelo Estado e pelos órgãos da administração pública das práticas racistas e discriminatórias por eles praticadas³⁵.

Em que pese a inexistência de estudos acerca da eficácia ou não dos programas analisados até o presente momento, vê-se como positivo o reconhecimento,

32. BRASIL. Plano Juventude Viva. Guia de Implantação para Estados e Municípios. Secretaria-Geral da Presidência da República. Secretaria Nacional de Juventude: Brasília, 2014. Disponível em: [http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0009/4790/Guia_Plano_JuvViva_Final.pdf]. Acesso em: 12.04.2017.

33. Idem.

34. Idem.

35. Idem.

ainda que tímido, do Estado brasileiro acerca do extermínio estatal, e a existência de campanhas e comissões internas para a análise dessas questões. O que não se pode fazer, porém, é esperar, de maneira passiva, resultados que demoram a chegar enquanto o projeto de destruição de toda uma raça segue seu curso normal.

3. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E POSSÍVEIS CAMINHOS À RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELO EXTERMÍNIO DA POPULAÇÃO NEGRA

3.1. O genocídio

O genocídio representa “um ataque à diversidade humana como tal”, isto é, “as características de *status* humano, sem o qual as exatas expressões *gênero humano* ou *humanidade* ficariam sem sentido”. (...) É um crime contra a humanidade e a ordem internacional porque visa eliminar a diversidade e a pluralidade que caracterizam o gênero humano, que Kant pretende preservar falando do direito à hospitalidade universal e apontando que a violação dos direitos de uns alcança a todos³⁶.

Conforme o artigo 6º do Estatuto de Roma, integrante do ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 4.388/2002, o genocídio pode ser definido como:

(...) qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Já o artigo 2º da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 30.822/1952, o define como:

(...) qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

36. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Assim, verifica-se que esse crime pode ser descrito como “a intencional destruição ou extermínio de grupos ou membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou racial”³⁷. Tal definição, contudo, não existia antes de 1944, quando Raphael Lemkin o introduziu em seu trabalho *O domínio do Eixo na Europa ocupada*, que tratava dos padrões de destruição e ocupação nos territórios sob domínio nazista³⁸.

Utilizado como termo descritivo pelo Tribunal Militar Internacional, entre novembro de 1945 e outubro de 1946, quando foram julgados os 22 principais líderes alemães nazistas, o conceito de genocídio só surgiu a partir da criação da Convenção das Nações Unidas para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, que entrou em vigor em 12 de janeiro de 1951.

Por conseguinte, pela análise do Estatuto de Roma, da mencionada Convenção e dos fatos narrados no capítulo anterior, é fácil perceber que o extermínio da juventude negra no Brasil se amolda perfeitamente no tipo descrito, qual seja, o genocídio.

Trata-se, em verdade, da destruição deliberada de um grupo específico de pessoas, resultando em clara violação aos direitos humanos protegidos por meio de convenções e tratados internacionais. Por isso, diante da inércia do governo brasileiro e total incapacidade do sistema jurídico doméstico de lidar com a situação, devem ser levados em consideração os mecanismos internacionais de proteção a esses direitos como alternativas para a resolução do problema do genocídio de que trata o presente trabalho.

37. SIMÕES, Fernando Geraldo Leão. Os grupos protegidos pela Convenção do Genocídio: perspectivas e desafios interpretativos. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal – Anidip*, v. 3, 2015. p. 79-98. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.12804/anidip03.01.2015.03>]. Acesso em: 25.03.2017.

38. Sobre Raphael Lemkin, ver: Linha cronológica sobre o conceito de genocídio. Disponível em: [www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007095]. Acesso em: 24.03.2017.

3.2. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos

De acordo com Pérez Luño³⁹, os direitos humanos podem ser definidos como:

(...) un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Extraí-se daí que tal conceito é mutável ao longo do tempo, enquanto a sociedade evolui e modifica seus hábitos e formas de pensar, mormente pelo fato de a definição colacionada, ao mencionar valores como a dignidade, a liberdade e a igualdade, apontar para valores de conteúdo impreciso, como bem ressaltado pelo autor.

Dessa forma, uma proteção efetiva para tais direitos só pode existir fora do âmbito interno de cada Estado, na comunidade internacional, de maneira que os direitos humanos sejam universalizados e protegidos ao redor do globo.

Contudo, a consolidação dos direitos humanos como direito internacional só foi possível após a constatação do horror das violações cometidas na era Hitler⁴⁰. Não era mais possível que o Estado tratasse seus nacionais da forma que bem entendesse. Os direitos humanos são tidos, a partir de então, como uma limitação da soberania estatal – não mais um princípio absoluto –, cabendo à comunidade internacional manter-se vigilante no sentido de impedir que novas atrocidades sejam cometidas.

Com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, inicia-se um novo período da história internacional, a partir do momento em que as diferentes nações do planeta se comprometeram a, em tese, lutar pela paz e pelo desenvolvimento mundial, e pela proteção dos direitos humanos.

A adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, consolida o entendimento de que tais direitos seriam, de fato, universais, cabendo a todos os países do mundo a sua promoção e proteção.

39. PEREZ LUÑO, Antónío. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

40. BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights*. p. 17. Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 201.

A análise da Carta das Nações Unidas demonstra um movimento de internacionalização dos direitos humanos, permitindo a criação de diversos mecanismos globais para sua proteção, na medida em que o consenso entre Estados levou à criação de um órgão internacional cujo fim é a promoção desses direitos.

Dessa forma, foram criadas diversas cortes internacionais com vistas à proteção da dignidade humana e a coibir os excessos e arbítrios cometidos pelos Estados contra sua população ou qualquer outra, como a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal Penal Internacional e as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, ressalte-se que a efetividade desse sistema global de proteção aos direitos humanos é dependente, quase que exclusivamente, da cooperação entre os Estados. Isso porque nenhum organismo internacional tem força suficiente para, sozinho, aplicar as sanções determinadas por um tribunal internacional ou para fazer executar suas sentenças.

3.3. *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*

No plano regional, internamente à Organização de Estados Americanos (OEA), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) compõem o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH).

A existência de sistemas de proteção regionais – em contraponto com o sistema global, integrados, entre outros, pelo TPI e pela CIJ – apresenta diversas vantagens. Havendo um número menor de Estados envolvidos, é mais fácil chegar-se a um consenso político, além de que os sistemas regionais possuem uma capacidade sancionatória maior⁴¹.

Dessa forma, o sistema interamericano consegue refletir melhor os valores e a cultura dos povos sob sua proteção, detendo um poder maior sobre os Estados que estão sob sua jurisdição. Isso porque essas nações, é muito provável, já possuem diversos acordos acerca das mais variadas matérias, de forma que a integração regional já se encontra em um nível mais avançado, permitindo maior pressão dos demais Estados sobre aquele violador da norma⁴².

Ressalte-se, ainda, que os sistemas global e regional não são incompatíveis, e sim complementares. Os instrumentos globais devem estabelecer as regras

41. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 342.

42. Idem.

gerais, o mínimo a ser seguido por todos os Estados, cabendo a cada região ir além, sendo possível à vítima, que teve seu direito violado, escolher qual instrumento que mais lhe favorecerá⁴³.

Levando em consideração que cada sistema possui instrumentos normativos próprios, o SIDH possui, como aparato jurídico principal, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que determina a criação tanto da CIDH quanto da CorteIDH.

Tendo em vista que nem todos os Estados-partes da OEA ratificaram a mencionada Convenção, em especial os de origem anglo-saxônica e os do Caribe, o sistema interamericano é, muitas vezes, visto, na verdade, como um sistema *latino-americano*, não englobando todo o continente.

Outrossim, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 33⁴⁴, determina que a CIDH e a CorteIDH são órgãos do SIDH dotados de independência e de poder de vigilância “relativamente ao controle de sua sujeição e ao regime de legalidade estabelecido pela Convenção”⁴⁵.

Dessa forma, a Convenção cria um mecanismo para monitorar e implementar os direitos por ela protegidos, de forma a garantir o cumprimento das normas internacionais ratificadas pelos Estados-partes, composto pelos dois órgãos mencionados.

3.3.1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Criada, em 1959, pela Resolução VIII, adotada na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, em Santiago, a CIDH tem como principal função a promoção, “a observância e a proteção dos direitos humanos na América”⁴⁶.

43. Ibidem, p. 345-346.

44. Artigo 33: São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção:

a. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

45. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 217.

46. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 352.

É formada por sete comissários, nacionais de Estados-membros da OEA, eleitos pela Assembleia Geral da Organização a título pessoal, sendo que suas reuniões ocorrem várias vezes ao ano. Daí percebe-se que a CIDH não é um órgão permanente, estando ativo quando necessário⁴⁷.

Interessante notar que a Comissão é órgão tanto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos quanto da OEA, exercendo, contudo, a mesma função em ambas as atuações. Entretanto, apenas enquanto órgão da Convenção Americana, é possível que a CIDH deflagre uma ação de responsabilidade internacional do Estado por violação de compromisso internacional ligado aos Direitos Humanos perante a Corte Interamericana, desde que tal Estado tenha aceitado sua competência⁴⁸.

Não há nenhum órgão superior à CIDH que possa conhecer de apelações contra suas decisões, sendo o controle de legalidade realizado pela própria Comissão. Existem, contudo, duas exceções à regra, quais sejam: (i) o controle político, realizado pela OEA, por meio da obrigação da Comissão de enviar um informe anual sobre suas atividades para a Assembleia Geral; e (ii) o controle jurídico, realizado pela CorteIDH, sobre matérias que já tenham sido conhecidas e estejam sob apreciação daquele tribunal⁴⁹.

Cabe à Comissão, então, fazer recomendações aos Estados, realizando as seguintes funções: a) conciliadora, entre um Governo e grupos sociais que vejam violados os direitos de seus membros; b) assessora, aconselhando os Governos a adotar medidas adequadas para promover os direitos humanos; c) crítica, ao informar sobre a situação dos direitos humanos de um Estado-membro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos e das observações do Governo interessado, quando persistirem essas violações; d) legitimadora, quando um suposto Governo, em decorrência do resultado do informe da Comissão acerca de uma visita ou de um exame, decide reparar as falhas de seus processos internos e sanar as violações; e) promotora, ao efetuar estudos sobre temas de direitos humanos, a fim de promover seu respeito; e f) protetora, quando, além das atividades anteriores, intervém em casos urgentes, para solicitar ao Governo, contra o qual se tenha apresentado uma queixa, que suspenda sua ação e informe sobre os atos praticados.⁵⁰

47. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit, p. 218.

48. Idem.

49. Idem.

50. ZAMUDIO-FIX, Héctor. *Protección jurídica de los derechos humanos*. p. 152. Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 353.

Ainda, uma das mais importantes competências da CIDH, prevista no artigo 44 do Pacto de São José da Costa Rica⁵¹, é examinar as comunicações de indivíduos, grupos de indivíduos ou entidades não governamentais que digam respeito a violações aos direitos humanos. Dessa forma, ainda que os indivíduos não tenham acesso direto à Corte Interamericana, podem dar início ao procedimento de apuração dessas violações perante a Comissão.

Assim, uma denúncia perante a CIDH pode ser apresentada pela própria vítima, seu familiar ou alguém que a represente, desde que presentes todos os requisitos de admissibilidade, entre os quais se inclui a necessidade de esgotamento dos recursos internos e a inexistência de litispendência internacional – ou seja, a questão proposta não pode estar sendo analisada por outra instância supranacional⁵².

Além disso, é necessário que a petição seja apresentada dentro de um prazo de seis meses, contados a partir de quando tenha se dado a notificação da parte interessada acerca da decisão definitiva.

Entretanto, o esgotamento dos recursos internos e a observância do prazo de seis meses não serão necessários quando:

(a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

(b) não se houver permitido ao presumido prejudicado, em seus direitos, o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; ou

(c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.⁵³

Dessa forma, já decidiu a CIDH pelo afastamento de tais requisitos, como no caso Damião Ximenes, no qual, passados quase sete anos desde a propositura,

51. Artigo 44: Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

52. GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. *A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. Apud ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Globalização, justiça e segurança humana: capacitação para a compreensão dos grandes desafios do século XXI*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 216.

53. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 270.

pelo Ministério Público do Estado do Ceará, da ação penal, e da ação civil de reparação proposta pela família da vítima, não havia sequer uma sentença proferida pela Justiça cearense⁵⁴.

Importante ressaltar que o artigo 44 da Convenção é uma exceção à “cláusula facultativa” que permite que o Estado-parte se manifeste se aceita ou não esse mecanismo. Isso porque, no caso em que um indivíduo, grupo de indivíduos ou ONGs recorram à Comissão, não há necessidade da declaração expressa do Estado de que reconhece essa sistemática. Ou seja, ao ratificarem a Convenção, os Estados-partes aceitam, automaticamente, a possibilidade de um indivíduo, grupo de indivíduos ou ONGs apresentarem uma petição à Comissão denunciando-os por violação aos Direitos Humanos⁵⁵.

Contudo, no caso de um Estado-parte denunciar outro Estado-parte, é necessário o reconhecimento, pelo Estado em causa, da competência da Comissão para tanto, conforme o art. 45 da Convenção Americana.

Voltando ao procedimento interno da CIDH, após recebida a petição, se reconhecida sua admissibilidade, é enviado um pedido de informações ao Governo denunciado. Recebidas tais informações, ou transcorrido o prazo sem elas, a Comissão verifica se persistem os motivos da petição e, em caso afirmativo, realiza um exame do assunto e a investigação dos fatos⁵⁶.

Após, busca-se uma solução amistosa entre as partes e, não sendo possível, a Comissão redigirá um relatório com recomendações ao Estado denunciado, que tem o prazo de três meses para cumpri-las, período em que o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se, ao longo desse prazo, o caso não for solucionado nem encaminhado à Corte, a CIDH poderá, por maioria absoluta de votos, emitir sua própria opinião e conclusão, fazendo as recomendações que entender necessárias, fixando um prazo para o seu cumprimento. Ao fim desse prazo, a Comissão publicará informe sobre o caso a ser incluído no relatório anual de suas atividades e enviado à Assembleia Geral da OEA.

Contudo, todas as vezes em que a Comissão entender que o Estado em questão não cumpriu as recomendações feitas, deverá o caso ser encaminhado

54. Ibidem, p. 266.

55. Ibidem, p. 264.

56. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 358.

à CorteIDH, exceto por decisão fundamentada da maioria absoluta de seus membros⁵⁷.

Pode a comissão, ainda, em casos de gravidade e urgência reconhecidas, solicitar ao Estado denunciado que tome medidas cautelares para evitar danos irreparáveis e/ou solicitar à CorteIDH a adoção de medidas provisórias, de acordo com os arts. 25 e 74 de seu Regulamento.

Finalmente, importante destacar que apenas Estados-partes e a CIDH podem submeter casos à apreciação da Corte Interamericana, conforme o art. 61 da Convenção Americana.

3.3.2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Apresentando competência consultiva e contenciosa, o órgão jurisdicional do sistema regional é composto por sete juízes, nacionais de Estados-membros da OEA, eleitos pelos Estados que fazem parte da Convenção Americana.

No que diz respeito à competência consultiva da Corte, qualquer membro da OEA pode solicitar parecer sobre a interpretação de qualquer tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, podendo a CorteIDH, ainda, opinar quanto à compatibilidade de instrumentos internos em face dos tratados internacionais⁵⁸.

Já nos casos contenciosos, como já mencionado, a Corte apenas detém competência sobre os Estados-partes da Convenção Americana que tenham reconhecido expressamente sua jurisdição, nos termos do art. 62. É, contudo, forçoso notar que, para a maior efetivação da proteção dos direitos humanos, deveria ser obrigatória a submissão de todos os Estados-partes da Convenção à jurisdição da Corte.

Apesar de a submissão dos casos à CorteIDH ser limitada aos Estados-parte e à CIDH, uma vez iniciada a apreciação da matéria pela Corte, é concedido às vítimas, seus parentes ou representantes, o direito de submeter, de forma autônoma, seus argumentos e provas ao referido tribunal⁵⁹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, então, tem jurisdição para examinar casos nos quais um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção Americana, determinando a adoção de medidas necessárias à restauração do direito violado.

57. Idem.

58. Ibidem, p. 360.

59. Ibidem, p. 364.

Ressalte-se que as decisões da Corte são vinculantes e obrigatórias, não podendo o Estado condenado se eximir do cumprimento das medidas determinadas. Além disso, pode o tribunal determinar o pagamento de indenização à(s) vítima(s), valendo tal decisão como título executivo judicial.

Outrossim, as sentenças exaradas pela Corte são definitivas e irretratáveis, não podendo ser modificadas após serem proferidas, em observância ao princípio da irretratabilidade das sentenças no sistema interamericano de direitos humanos. Não há, portanto, possibilidade de qualquer pedido de retratação perante o Tribunal⁶⁰.

Verifica-se, dessa forma, que a Corte é a instância final de julgamento de uma violação de direitos humanos ocorrida em ou perpetrada por Estado-parte da Convenção Americana. A impossibilidade de apelação das decisões busca aumentar a efetividade do SIDH, de forma a impedir que os Estados condenados busquem protelar sua responsabilização mediante a interposição de recursos.

Tratando de crimes de genocídio, a Corte já teve a oportunidade de apreciar e julgar dois casos recentes, quais sejam, *Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*, e o *Caso dos Massacres do Rio Negro vs. Guatemala*, ambos apresentados pela CIDH.

Nos dois casos, a Corte reconheceu a responsabilidade internacional da Guatemala pelos crimes de genocídio pelos quais fora denunciada pela CIDH, determinando a adoção de diversas medidas pelo Estado condenado como forma de evitar a continuidade dos referidos crimes, em um dos casos, e de impedir que eles voltem a ser cometidos, em outro.

Assim, no caso *Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*, o Estado foi condenado a:

- i) remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantienen la impunidad en este caso, e iniciar, continuar, impulsar y reabrir las investigaciones que sean necesarias para determinar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos objeto del presente caso; (...) v) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del caso; (...) vii) incluir formación en derechos humanos y derecho internacional humanitario de forma permanente en el pensum de los diferentes

60. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 264.

centros de formación, profesionalización vocacional y capacitación del Ejército de Guatemala; viii) diseñar e implementar, en los pensum permanente de formación de la carrera judicial y de la carrera fiscal, respectivamente, programas de educación en derechos humanos y derecho internacional humanitario; ix) incorporar al currículo del Sistema Educativo Nacional, en todos sus niveles, un programa de educación cuyo contenido refleje la naturaleza pluricultural y multilingüe de la sociedad guatemalteca, impulsando el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas, incluyendo sus cosmovisiones, historias, lenguas, conocimientos, valores, culturas, prácticas y formas de vida; (...) ⁶¹.

Nota-se que entre as medidas determinadas pelo Tribunal estão a determinação de investigações e punições internas dos responsáveis pelos crimes praticados, a realização de um ato público de reconhecimento da responsabilidade da Guatemala nos fatos narrados e a inclusão de formação em direitos humanos para o exercido guatemalteco, para evitar que tais atos voltem a ser perpetrados.

Já no Caso dos Massacres do Rio Negro vs. Guatemala, foi comandado ao Estado condenado:

(i) que debe investigar, sin mayor dilación, de forma seria y efectiva los hechos que originaron las violaciones declaradas en la presente Sentencia, con el propósito de juzgar y, eventualmente, sancionar a los presuntos responsables; (...) (iv) debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; (...) (vi) debe diseñar e implementar un proyecto para el rescate de la cultura maya Achí; (...) ⁶².

Nesse caso, também, a Corte procurou a responsabilização dos indivíduos que, de fato, cometeram as condutas violadores e, para além disso, buscou formas de impedir que tais atos voltassem a ser praticados.

61. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Miembros de la Aldea Chicupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_328_esp.pdf]. Acesso em: 28.03.2017.

62. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia de 04 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_250_esp.pdf]. Acesso em: 28.03.2017.

Deve-se ter em mente, especialmente após a leitura das sentenças colacionadas, que os resultados práticos buscados pelo SIDH não são restritos apenas à punição daqueles que perpetraram as condutas proibidas, mas, e talvez com ainda mais importância, buscam maneiras concretas para evitar a prática de atos violadores dos direitos humanos no futuro.

Como exemplos podem ser citados a obrigatoriedade da implementação de um projeto para o resgate da cultura Achí e do ensino acerca da pluralidade de culturas existentes na sociedade guatemalteca, além de cursos sobre direitos humanos para os integrantes das forças armadas.

Assim, verifica-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um importante órgão do SIDH, tendo o poder não somente de responsabilizar aqueles culpados de violarem tais direitos, mas também de forçar os Estados a adotar medidas que permitam o exercício dos direitos humanos em sua plenitude.

No que se refere ao tema do presente trabalho, a submissão do caso do genocídio da população negra brasileira à CIDH, e sua apreciação pela CorteIDH, é possível caso as medidas tomadas pela Comissão não sejam cumpridas ou se verifiquem como insuficientes, tendo o Estado brasileiro reconhecido a competência da Corte Interamericana em 1998, por meio do Decreto Legislativo 89/1998.

4. DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO BRASIL PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

4.1. *Da adequação fático-normativa entre o extermínio da população negra brasileira e o genocídio previsto em normas internacionais, e da dificuldade em seu reconhecimento*

Como demonstrado no tópico 2 do presente trabalho, o mito da superioridade do ser branco, forjada desde a época colonial e consolidada através das teorias racialistas iluministas e por aquelas abertamente racistas que as seguiram, acabou por colocar toda a população negra em uma posição de inferioridade perante a raça branca dominante.

Assim, foram explicitadas as diferentes formas de extermínio dessa população praticadas pelo governo brasileiro, especialmente sob o manto da legalidade – como quando a polícia extermina jovens negros e justifica tais assassinatos como “decorrentes de oposição à ação policial”, ou quando o tempo médio de atendimento médico para mulheres negras no SUS é inferior ao dado às mulheres brancas, ou, ainda, na tentativa de embranquecimento

da sociedade e na ligação, sempre realizada, especialmente pela mídia, entre a imagem do negro e do criminoso.

Conforme Zélia Amador de Deus:⁶³

Eu acho que o Brasil ainda não se envergonhou pelo fato de ser chamado de racista. A gente fez um processo, durante o período da ditadura militar, de envergonhar o Brasil perante a comunidade internacional sobre os atos autoritários que aconteciam aqui dentro. Agora, *sobre a questão racial, pelo contrário, a imagem que o Estado brasileiro vende para o exterior é a de que aqui existe uma perfeita democracia racial, tão perfeita que a Unesco ficou interessada em promover uma pesquisa para entender que perfeição de democracia racial era essa.* Ora, um Estado que só assume para a comunidade internacional a existência de racismo e da discriminação racial em 2001, começando, portanto, nesta década, neste século, ainda não se envergonhou. Assim, eu acho que a gente precisa fazer com que se envergonhem. *Nenhum crime de racismo teve repercussão internacional! Então, não basta a gente dizer que é extermínio. Na verdade, é genocídio! É limpeza étnica! E a gente tem que dizer isso com todas as letras para todo o mundo. E, aí, é vergonha para o Estado brasileiro, mas é vergonha também para esta sociedade que tem sido tolerante e conivente.* (sem destaques no original)

Outrossim, o crime de genocídio é assim previsto no artigo 6º do Estatuto de Roma:

(...) qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

O que se nota, em cotejo com todos os dados apresentados neste trabalho, é que quase todas as formas de genocídio previstos na norma acima colacionada

63. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO SOBRE O ASSASSINATO DE JOVENS. Senado Federal. Relatório final. Brasília, 2016. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens]. Acesso em: 10.04.2017.

são diuturnamente praticadas pelo Estado brasileiro. Alguns, em verdade, de maneira mais descarada, mais explícita e até mesmo “justificada” pelo Estado.

Desde o descobrimento, o povo negro tem sido posto em uma posição de subalternidade, tendo o Brasil apenas muito recentemente reconhecido a inexistência da pretensa “harmonia racial” antes defendida, e iniciado, de maneira tímida, a realização de projetos de investigação do extermínio praticado.

Como demonstrado, o extermínio da população negra nada mais é do que uma forma de controle dos corpos “incontroláveis” e “selvagens” que há séculos têm sido colocados em posição subalterna. O que existe, em verdade, é uma estratégia oculta de controle social e racial, justificando todas as formas de extermínio praticadas pelo Estado, sendo a mais clara os homicídios praticados pela polícia contra jovens negros e negras⁶⁴.

Tendo como objetivo a realização de uma limpeza étnica na sociedade brasileira, já se tentou de tudo para livrar o País da “mancha negra” causada pelo tráfico de quase 4 milhões de escravos para o Brasil desde 1500. Em detrimento dos negros, os brancos têm, desde o início, controlado a máquina estatal, como bem explicado por Abdias do Nascimento⁶⁵:

Desde os primeiros tempos da vida nacional aos dias de hoje, o privilégio de decidir tem permanecido unicamente nas mãos dos propagadores e beneficiários do mito da “democracia racial”. Uma “democracia” cuja artificiosidade se expõe para quem quiser ver; só um dos elementos que a constituiriam detém todo o poder em todos os níveis político-econômico-sociais: o branco. Os brancos controlam os meios de disseminar as informações; o aparelho educacional; eles formulam os conceitos, as armas e os valores do País. Não está patente que nesse exclusivismo se radica o domínio quase absoluto desfrutado por algo tão falso quanto essa espécie de “democracia racial”?

Por meio do poder sempre concentrado em suas mãos, a elite branca escreveu a história da forma que mais a beneficiasse, e não apenas a brasileira. Assim como o Brasil, diversos outros países continuam a matar negros e negras para manter o poder de suas elites, observados de maneira pacífica pela comunidade internacional.

64. FLORES, Tarsila. *Genocídio da juventude negra no Brasil: as novas formas de guerra, raça e colonialidade do poder*. Disponível em: [www.andhep2016.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=9]. Acesso em: 15.04.2017.

65. NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 46-47.

O que se tem, no patamar global, é uma dificuldade em se aceitar que o extermínio estatal praticado configura, de fato, o crime de genocídio previsto na convenção internacional. Isso porque, historicamente, os casos de genocídio menos reconhecidos são aqueles praticados “por setores brancos e as vítimas são não brancas”⁶⁶.

Parece haver, no campo internacional, a recusa em se aceitar o extermínio negro praticado pelos Estados, sendo a população negra excluída completamente do conjunto de proteções e garantias dos direitos humanos defendidos pela ordem internacional quando essa justiça não reconhece como genocídio os ataques sistemáticos às comunidades negras.

Como a “harmonia racial” brasileira, o genocídio da população negra mundial tem sido sistematicamente ignorado, sendo que barreiras jurídicas, discutidas no plano da retórica, foram criadas para impossibilitar o reconhecimento desse crime. Assim, teoricamente, o genocídio tratado não se configuraria por ausência de dolo estatal, de forma que “os representantes das elites brancas na diáspora não se encaixam nos padrões de réus na destruição de comunidades negras, porque os sistemas de supremacia branca não devem ser desafiados”⁶⁷.

Sobre o dolo previsto para o tipo de genocídio, a Corte Internacional de Justiça, como visto, ao julgar o Caso relativo à aplicação da Convenção de Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro)⁶⁸, argumentou que a estrutura do crime de genocídio seria um tanto quanto problemática, fazendo parecer que o destinatário da norma seria um único indivíduo que busca destruir um grupo de pessoas. Nesse caso, a CIJ deixou de lado a problematização trazida acerca da possibilidade de reconhecimento de um dolo geral para a destruição de um grupo social como um todo, utilizando, para inocentar a Sérvia do crime de genocídio que lhe era imputado, uma concepção limitada à destruição física ou biológica do grupo protegido pela norma⁶⁹:

66. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 1, n. 1, jan.-jun. 2014. p. 119-146.

67. Idem.

68. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), julgado em 26 de fevereiro de 2007. Disponível em: [www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf]. Acesso em: 22.03.2017.

69. KREß, Claus. The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide. *The European Journal of International Law*, v. 18, n. 4. Disponível em: [www.ejil.org/pdfs/18/4/238.pdf]. Acesso em: 16.04.2017.

Nem a intenção, como política estatal, de transformar uma área em “etnicamente homogênea” nem as ações levadas a cabo para implementar a mencionada política podem, *em si mesmas*, caracterizar o genocídio: a intenção que caracteriza o genocídio é a de “destruir, total ou parcialmente”, um grupo específico, e a deportação ou deslocamento de membros do grupo, mesmo que realizados com o emprego da força, não é necessariamente equivalente à destruição daquele grupo, nem é tal destruição uma consequência automática do deslocamento.⁷⁰

O que se quer mostrar é que a CIJ não reconhece como forma de genocídio a política estatal de limpeza étnica – desde que seja posta em prática segregando os componentes do grupo protegido sem os matar –, apesar de expressamente prevista na alínea c do art. 6 do Estatuto de Roma.

Outrossim, acerca do não reconhecimento da comunidade internacional do genocídio negro, explica Ana Luiza Flauzina⁷¹:

Desde a adoção da Convenção sobre Genocídio há uma visível tendência de se bloquear o acesso às consequências materiais e simbólicas do reconhecimento do genocídio, quando o crime é cometido como resultado das demandas da supremacia branca para a vitimização de populações negras. *Nesses casos, as históricas denúncias das vítimas, sublinhando a existência de arranjos genocidas promovidos por Estados predominantemente controlados por elites brancas e “práticas genocidas socialmente sancionadas”, têm sido sistematicamente rejeitadas.* Nessa dinâmica, a rotulagem de genocídio para caracterizar vários cenários de violência tornou-se uma heresia retórica e jurídica. (sem destaques no original)

70. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43. Parágrafo 190. Disponível em: [http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf]. Acesso em: 16.04.2017. “Neither the intent, as a matter of policy, to render an area ‘ethnically homogeneous’, nor the operations that may be carried out to implement such policy, can *as such* be designated as genocide: the intent that characterizes genocide is ‘to destroy, in whole or in part’ a particular group, and deportation or displacement of the members of the group, even if effected by force, is not necessarily equivalent to destruction of that group, nor is such destruction an automatic consequence of the displacement”. Tradução do autor.

71. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit., p. 119-146.

Nesse sentido, e em referência a um julgado da Corte Internacional de Justiça, a pesquisadora Maria Aparecida Bento afirma⁷²:

Eu só queria lembrar que o massacre de Srebrenica, onde 8,5 mil muçulmanos foram mortos, a Comunidade Internacional entendeu que era um genocídio. Aqui (...) temos tido 23 mil jovens negros mortos por ano, ou seja, nós temos três vezes mais, em termos de ocorrências, aquilo que levou a Comunidade Internacional a entender que era um genocídio. (sem destaques no original)

Dessa forma, faz-se necessário que sejam apontadas as contradições da justiça internacional em reconhecer crimes de genocídio praticados contra populações brancas menores e ignorar o genocídio negro que tem ocorrido há séculos. O reconhecimento da política genocida do Estado brasileiro pela CorteIDH, demonstrada por inúmeros estudiosos do tema, já seria um enorme avanço nesse sentido.

Resta claro que o Brasil, dominado pelas mesmas elites brancas desde a época colonial, tem sistematicamente negado os direitos mais básicos à população negra, tentando embranquecer a sociedade e passar a imagem da democracia racial para evitar revoltas que pudessem causar a mudança nas estruturas de poder vigentes. Não faltam provas da vitimização da juventude negra por homicídios, da esterilização de mulheres negras, da segregação habitacional e educacional, do racismo institucionalizado pelo Poder Judiciário e outras tantas formas de extermínio dos grupos negros brasileiros pelo Estado.

O que se busca é o reconhecimento, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, após o necessário relatório emitido pela Comissão IDH, da política genocida do Estado brasileiro para além do simples homicídio de jovens negros e sua condenação para que o extermínio seja finalmente interrompido.

4.2. Da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar o caso apresentado

Conforme tratado no tópico 3 do presente trabalho, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é a instância adequada para julgar o caso do genocídio da população negra pelo Estado brasileiro, uma vez que o País reconheceu a competência daquele Tribunal por meio de Decreto Legislativo 89/1998.

72. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO SOBRE O ASSASSINATO DE JOVENS. Senado Federal. Relatório final. Brasília, 2016. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens]. Acesso em: 10.04.2017.

Assim, diante da inércia de qualquer órgão oficial, nacional ou internacional, cabe a qualquer indivíduo, grupos de indivíduos ou entidades não governamentais apresentar uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que o caso seja analisado, e, por conseguinte, submetido à apreciação da Corte. Não se pode olvidar, contudo, que não é possível a apresentação do presente caso diretamente à CorteIDH, o que só pode ser feito pela CIDH ou por um Estado-parte, conforme o art. 61 da Convenção Americana.

Deve-se ressaltar que não seria necessário comprovar o esgotamento dos recursos internos que visam coibir violações de direitos humanos, visto que, de acordo com o artigo 31 do Regulamento da CIDH⁷³, tal requisito será dispensável devido à demora injustificada no trato da matéria. Tal demora é evidenciada pela total falta de interesse do governo brasileiro, que sequer reconhece formalmente o genocídio do povo negro em curso no País. Os dados apresentados no tópico 2 e vários outros relatórios e pesquisas podem ser usados como meio de prova de tal demora injustificada.

Outrossim, sendo apresentada a petição à CIDH, esta poderá, desde logo – com base no art. 25 do seu Regulamento –, solicitar que o Brasil adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo iniciado pelo pedido oferecido à apreciação daquela Comissão.

Admitida a petição, serão seguidas todas as fases delineadas no tópico 3, passando pela possibilidade de uma solução amistosa com o Estado e pela eventual submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Considerando a gravidade das violações aos direitos da população negra brasileira, entende-se pela necessidade absoluta de apreciação do presente caso pelo Tribunal, para que seja possível o reconhecimento do genocídio perpetrado e a

73. Artigo 31. Esgotamento dos recursos internos:

1. Com a finalidade de decidir quanto à admissibilidade do assunto, a Comissão verificará se foram interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos
2. As disposições do parágrafo anterior não se aplicarão quando: a. não exista na legislação interna do Estado de que se trate o devido processo legal para a proteção do direito ou dos direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se tenha permitido ao suposto lesado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou haja sido impedido de esgotá los; ou c. haja atraso injustificado na decisão sobre os mencionados recursos.
3. Quando o peticionário alegar a impossibilidade de comprovar o requisito indicado neste artigo, caberá ao Estado em questão demonstrar que os recursos internos não foram previamente esgotados, a menos que isso se deduza claramente do expediente.

determinação de medidas a serem adotadas pelo Brasil em caráter obrigatório, visto ser o País conhecido pelo descumprimento de decisões da CIDH.

Apenas em caráter exemplificativo, será apresentado o Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, que se refere à prática de trabalho forçado e servidão por dívida na Fazenda Brasil Verde, localizada no Pará. A situação seria atribuível ao Estado, pois, apesar de ter tomado conhecimento do caso em 1989, não adotou as medidas razoáveis de prevenção e resposta⁷⁴:

i) Conclusões. A Comissão chegou à conclusão de que o Estado era responsável internacionalmente pela:

a. Violação dos direitos consagrados nos artigos 6, 5, 7, 22, 8 e 25 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, encontrados nas fiscalizações de 1993, 1996, 1997 e 2000.

b. Violação dos direitos consagrados nos artigos I, II, XIV, VIII e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “Declaração Americana” ou “Declaração”) e, a partir de 25 de setembro de 1992, a violação dos artigos 8 e 25 da Convenção, (...)

(...)

d. Não adoção de medidas suficientes e eficazes para garantir sem discriminação os direitos dos trabalhadores encontrados nas fiscalizações de 1993, 1996, 1997 e 2000, em conformidade com o artigo 1.1 da Convenção, em relação com os direitos reconhecidos nos artigos 6, 5, 7, 22, 8 e 25 da mesma.

e. Não adoção de medidas em conformidade com o artigo II da Declaração, em relação ao artigo XVIII da mesma e, a partir de 25 de setembro de 1992, com o artigo 1.2 da Convenção, em relação com os direitos reconhecidos nos artigos 8 e 25 da mesma (...)

(...)

c) Notificação ao Estado. O Relatório de Admissibilidade e Mérito foi notificado ao Estado mediante comunicação de 4 de janeiro de 2012, na qual foi concedido um prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações. Após a concessão de dez extensões de prazo, a Comissão determinou que o Estado não havia avançado de maneira concreta no cumprimento das recomendações.

74. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf]. Acesso em: 15.04.2017.

3. Submissão à Corte. Em 4 de março de 2015, a Comissão submeteu à jurisdição da Corte os fatos e violações de direitos humanos descritos no Relatório de Mérito, em razão da “necessidade de obtenção de justiça”. Especificamente, a Comissão submeteu à Corte as ações e omissões estatais que ocorreram ou continuaram ocorrendo após 10 de dezembro de 1998, data de aceitação da competência da Corte por parte do Estado, 3 sem prejuízo de que o Estado pudesse aceitar a competência da Corte para conhecer da totalidade do presente caso, de acordo com o estipulado no artigo 62.2 da Convenção.

4. Pedidos da Comissão Interamericana. Com base no anterior, a Comissão Interamericana solicitou a este Tribunal que declarasse a responsabilidade internacional do Brasil pelas violações incluídas no Relatório de Admissibilidade e Mérito e que ordenasse ao Estado, como medidas de reparação, as recomendações incluídas neste relatório (par. 2 *supra*).

A leitura desse trecho da sentença prolatada permite que sejam tecidas as seguintes considerações:

(i) O caso do genocídio da população negra deverá ser submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sem a necessidade do esgotamento dos recursos domésticos para resolvê-lo, em virtude da demora injustificada do governo brasileiro em tomar as devidas providências.

(ii) Após a sua admissão, a petição será analisada pela Comissão que, entendendo pela responsabilização estatal pelos atos praticados por seus agentes e órgãos governamentais, fará recomendações ao Estado brasileiro para fazer cessar as violações de direitos humanos relacionadas ao caso em exame.

(iii) Não sendo tais recomendações cumpridas no prazo estabelecido – o que é, de fato, um provável acontecimento –, será o caso submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que prolatará sentença de mérito e determinará as ações a serem tomadas pelo Brasil para coibir tais violações e para a reparação das vítimas.

Por fim, poder-se-ia alegar, ainda, que o genocídio não é previsto em instrumentos normativos americanos e que, por isso, o Tribunal Interamericano não seria competente para o julgamento do presente caso. Contudo, felizmente, há pronunciamento recente da CorteIDH sobre a matéria, contando com parecer favorável da Comissão Interamericana:

76. A Comissão esclareceu que concorda com o Estado em relação a que a competência contenciosa da Corte está limitada à Convenção e aos instrumentos no âmbito interamericano. Entretanto, registrou que isso não significa que seja impossível caracterizar uma violação específica de direitos humanos de acordo

com suas definições em outros instrumentos internacionais, sempre que essa situação viole a Convenção ou outros instrumentos interamericanos aplicáveis, como ocorre, por exemplo, em casos de genocídio, violação sexual, recrutamento de crianças, entre outros, incluindo uma situação de tráfico de pessoas que significa, necessariamente, violações de direitos previstos na Convenção.

(...)

79. De acordo com o artigo 29.b) da Convenção Americana e as regras gerais de interpretação dos tratados estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a Convenção Americana pode ser interpretada em relação a outros instrumentos internacionais. Portanto, ao examinar a compatibilidade das condutas ou normas estatais com a Convenção, a Corte pode interpretar, à luz de outros tratados, as obrigações e os direitos contidos neste instrumento. Isso significa que a Corte pode observar as regulamentações de normas internacionais concretas relativas à proibição da escravidão, da servidão e do tráfico de pessoas, para dar aplicação específica à normativa convencional na definição dos alcances das obrigações estatais. Portanto, carece de fundamentação a alegação de incompetência formulada pelo Estado, pois a interpretação do alcance do artigo 6 da Convenção não é matéria de uma exceção preliminar, mas corresponde à análise de mérito do caso.⁷⁵ (sem destaques no original)

O que se tem, dessa forma, é a comprovação de que a Convenção Americana pode ser interpretada à luz dos dois instrumentos internacionais que tratam do genocídio, quais sejam, o Estatuto de Roma e a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, ambos ratificados pelo Brasil. Portanto, é possível a condenação de um Estado pelo referido crime no âmbito interamericano, ficando demonstrada, mais uma vez, a competência da CorteIDH para o julgamento do genocídio estatal contra a população negra de que trata o presente trabalho.

4.3. Possíveis consequências da condenação do Estado brasileiro

Em sua obra *O genocídio do negro brasileiro*, Abdias do Nascimento⁷⁶ faz algumas recomendações para o governo brasileiro que, apesar de terem sido feitas em 1976, ainda são bastante atuais e poderiam ser utilizadas como base

75. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf]. Acesso em: 15.04.2017.

76. NASCIMENTO, Abdias do. Op. cit., p. 138-141.

pela CIDH e pela CorteIDH. Entre elas, o estímulo à discussão dos problemas do negro no País, a publicação de documentos e outras informações referentes ao tráfico negreiro, à escravidão e à abolição e o financiamento de pesquisas sobre a posição econômica, social e cultural ocupada por esse povo na sociedade brasileira.

Ainda – e essa recomendação é semelhante à adotada pela Corte Interamericana no julgamento do caso *Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*, e do *Caso dos Massacres do Rio Negro vs. Guatemala* –, deve o governo brasileiro incluir no currículo educacional aulas sobre a história e as culturas dos povos africanos, abrangendo todos os níveis de ensino – fundamental, médio e superior.

Deverão, ainda, ser destinados recursos financeiros para a construção de moradias dignas e distribuição de terra àqueles negros e negras que se encontram engajados na pecuária e agricultura, além de financiamento de institutos e organizações afro-brasileiras com finalidade de “pesquisa, informação e divulgação nos setores de educação, arte, cultura e posição socioeconômica da população negra brasileira”⁷⁷. Isso se dará como forma de reparação pelos danos históricos sofridos por aquela população, sendo esta reparação inclusive parte necessária tanto do relatório de mérito da CIDH quanto da sentença prolatada pela Corte IDH, como se vê pela leitura dos respectivos Regulamentos.

Outrossim, ainda seguindo as orientações de Abdias do Nascimento, deverão ser criados museus de arte com finalidade pedagógica de valorização e respeito da cultura afro-brasileira. Nesse sentido, sustenta-se a necessidade de museus sobre a escravidão do povo negro e todos os demais sofrimentos causados àquela população, também com finalidade pedagógica de evitar que novos mitos de harmonia racial surjam no País e de manter a lembrança de mais um terrível e vergonhoso capítulo na história brasileira e mundial, de forma que, para Piza:

[a] autoimagem da sociedade brasileira, como uma sociedade livre de preconceitos, fundada em um passado colonial idílico, deve dar vazão a outras formas de representação que reconheçam as desventuras de nosso passado colonial e pós-abolicionista no tratamento das populações afro-brasileiras⁷⁸.

77. NASCIMENTO, Abdias do. Op. cit., p. 139.

78. DUARTE, Evandro Piza. O debate sobre as relações raciais e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. *Universitas. Jus* (UNICEUB), v. 1, p. 110-145, 2004.

Dessa feita, também devem ser levados em consideração os dois julgados da CorteIDH, supramencionados, que tratam de crimes de genocídio, cujas sentenças foram colacionadas no tópico 3. Neles, a Corte decidiu pela necessidade de cursos de direitos humanos obrigatórios no âmbito das forças armadas e policiais, além de políticas de resgate das culturas indígenas dizimadas pelo governo da Guatemala. O mesmo deveria ser feito em caso de condenação do Estado brasileiro, para evitar que os atos de genocídio continuem a ser perpetrados tanto pelas forças de segurança pública quanto por outros agentes, como médicos e até mesmo agentes da mídia.

Além disso, faz-se necessário um ato de reconhecimento público da política genocida e do racismo estatal, e uma real investigação acerca dos crimes individualmente cometidos. O fim dos autos de resistência, como já sinalizado, a realização de pesquisas, CPIs, análises legislativas e jurisprudenciais são de suma importância para que o racismo institucional comece a ser combatido.

Também devem ser levadas em consideração as recomendações, tanto de caráter técnico quanto legislativo, feitas pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Assassinato de Jovens, colacionadas no item 2.4 do presente trabalho, para que se busque acabar com o extermínio de jovens negros e diminuir as desigualdades existentes entre brancos e negros.

Devem também ser realizadas mais ações afirmativas, que têm como exemplo as cotas raciais, para que os grupos negros sempre marginalizados possam estar, finalmente, em igualdade de condições com a população branca dominante.

Não escapa aos olhos deste autor que o Estado brasileiro poderia simplesmente não cumprir as determinações da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar da pressão que poderia ser exercida pela comunidade internacional. Contudo, o que se espera é que essa possível condenação abra caminho para que o extermínio da população negra possa ser reconhecido como o verdadeiro genocídio que é, possibilitando uma maior discussão sobre o tema e, assim, de maneira lenta, mas verdadeira, a população negra finalmente alcance o merecido patamar de igualdade que sempre lhe foi negado.

5. CONCLUSÃO

Em que pese as diversas denúncias feitas pelo Movimento Negro, por entidades não governamentais e até mesmo por integrantes do próprio governo brasileiro, o que se tem é a absoluta falta de mecanismos internos para a resolução do problema apresentado. Como demonstrado, é do interesse das elites que o povo negro seja mantido onde foi colocado tantos séculos atrás: uma

posição de inferioridade que apenas serve à manutenção do *status quo* existente na sociedade.

No caso brasileiro, até pouquíssimo tempo, era defendida a total ausência de racismo no País, inclusive a imagem passada para a comunidade internacional era essa, a da existência de uma harmonia racial que deveria ser invejada por todos os outros países que ainda lutavam contra a desigualdade entre brancos e negros. Contudo, como se pode perceber, tudo isso não passava de um mito, uma mentira contada pela elite branca para se eximir da culpa das atrocidades cometidas contra a população negra desde a colônia, quando o tráfico negreiro para a escravidão arrancou milhões de africanos de seus países de origem para serem utilizados como mão de obra na construção de um novo Estado. Estado esse que, passados séculos de matanças, maus-tratos, torturas e diversas outras práticas inumanas cometidas contra o povo negro, recusa-se a admitir seus erros e a tentar repará-los, e continua, até o presente momento, a exterminá-lo.

A manutenção das estruturas de poder envolveu sua evolução, como bem evidenciado por Foucault, e a mudança no controle dos corpos para o controle da população como um todo, criando um inimigo interno para justificar o número de jovens negros exterminados diariamente pelas forças estatais. O reconhecimento dos erros das elites não é possível sem que haja, como consequência, uma profunda modificação no estado das coisas, uma completa reviravolta no mundo daqueles que sempre foram os poderosos dominadores. Aceitar os erros da elite branca importaria mesmo em seu fim enquanto raça dominante, sendo impossível a continuidade da subjugação do povo negro sem os meios de controle que tomam por base seu extermínio.

Contudo, é importante destacar que alguns tímidos avanços têm sido conquistados. A discussão de temas como o racismo e as causas da posição ocupada pelo negro na sociedade – ainda vista como inferior e de menor importância – permitem que a História possa ser contada da forma como realmente aconteceu, extinguindo o mito do senhor de escravos benevolente e da existência de uma escravidão mais branda no Brasil do que em outras colônias. O reconhecimento, por diversos estudos, pesquisas e, inclusive, comissões parlamentares, da maior vitimização da juventude negra por homicídios, quando comparada com jovens brancos, é um grande passo para a percepção da existência de uma real política de extermínio negro no Brasil. O debate, todavia, deve ser aprofundado para englobar formas mais discretas e sutis de extermínio, que nem sempre têm como consequência a morte imediata do indivíduo. A falta de tratamento médico adequado para mulheres negras, a hipersexualização do povo negro e a segregação habitacional, educacional e trabalhista são apenas

alguns exemplos de como se pode destruir um grupo sem matar diretamente os indivíduos que o compõem.

Infelizmente, porém, o Estado brasileiro ainda não tomou qualquer medida enérgica no combate do genocídio negro encabeçado por ele próprio, sendo os poderes legislativo e judiciário ainda fortemente racistas e incapazes de fazer muito pela proteção dos negros e negras brasileiros.

É com isso em mente que se deve buscar, de maneira incessante, a denúncia à comunidade internacional do genocídio negro cometido no Brasil. Deve-se superar todos os obstáculos ideológicos e jurídicos que impedem a tomada de ações adequadas para impedir que as violações aos direitos humanos perpetradas contra aquele povo continuem ocorrendo, e isso deve ser feito imediatamente. A submissão do caso apresentado à Corte Interamericana de Direitos Humanos não só trará à tona, para todo o mundo, a maneira pela qual a política estatal genocida brasileira se perpetua, como também aumentará a pressão sobre o Estado brasileiro para que impeça as mencionadas violações de continuarem acontecendo.

Assim, as formas pelas quais o racismo se manifesta e sua influência nas estruturas de poder e de controle dos corpos devem ser discutidas e estudadas, para que o sofrimento do povo negro seja finalmente reconhecido, que as reparações necessárias sejam feitas, e que o horror propagado há centenas de anos finalmente seja erradicado e não volte a ocorrer. Com isso em mente é que se defende a denúncia, e posterior condenação, do Estado brasileiro pelo crime de genocídio praticado contra a sua própria população negra, para que, por meio dessa responsabilização internacional, não só o Brasil, mas também toda a comunidade internacional possa adentrar a discussão sobre as diferentes e danosas formas de desumanização, especialmente da raça negra, e a supervalorização da raça branca. Dessa maneira, espera-se chegar no ideal proposto por tantos instrumentos normativos domésticos e internacionais, bem explicitado pelo artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito”.

6. REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. Nota Pública: Resolução do Conselho Superior de Polícia mantém a lógica dos “autos de resistência”. Disponível em: [<https://anistia.org.br/noticias/resolucao-conselho-superior-de-policia-mantem-logica-dos-autos-de-resistencia-afirma-anistia-internacional/>]. Acesso em: 12.04.2017.

BANTON, M. *A idéia de raça*. Lisboa: Edições, 1977.

- BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. In: *Discursos sediciosos*. Crime, direito e sociedade, ano 2, 1997.
- BRASIL. Código Criminal do Império. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 10.04.2017.
- BRASIL. Decreto 528, de 28 de junho de 1890. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 10.07.2017.
- BRASIL. Plano Juventude Viva. Guia de Implantação para Estados e Municípios. Secretaria-Geral da Presidência da República. Secretaria Nacional de Juventude: Brasília, 2014. Disponível em: [http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0009/4790/Guia_Plano_JuvViva_Final.pdf]. Acesso em: 12.04.2017.
- BRASIL. Resolução Conjunta CSP/CONCPC 2, de 13 de outubro de 2015. Disponível em: [http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=8&data=04/01/2016]. Acesso em: 10.04.2017.
- CARNEIRO, Suely. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Tese de doutorado, São Paulo, 2005.
- CARVALHEIRO, Juliana G. F. O Tribunal Penal Internacional e a proibição constitucional da imposição de pena de prisão perpétua. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Globalização, justiça e segurança humana: capacitação para a compreensão dos grandes desafios do século XXI*. Brasília: ESMPU, 2011.
- CHURCHILL, Ward (2001). *A little matter of genocide: holocaust and the denial in the Americas 1492 to the present*. San Francisco: City Lights Books.
- COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO SOBRE O ASSASSINATO DE JOVENS. Senado Federal. Relatório final. Brasília, 2016. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens]. Acesso em: 10.04.2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la massacre da La Rochela vs. Colombia. Sentencia de 28 de enero de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_175_esp.pdf]. Acesso em: 28.03.2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia de 04 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_250_esp.pdf]. Acesso em: 28.03.2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Miembros de la Aldea Chicupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_328_esp.pdf]. Acesso em: 28.03.2017.

- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf]. Acesso em: 15.04.2017.
- DUARTE, Evandro Piza. O debate sobre as relações raciais e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. *Universitas. Jus* (UNICEUB), v. 1, p. 110-145, 2004.
- DUARTE, Evandro Piza. Paradigmas em criminologia e relações raciais. *CADERNOS DO CEAS*, Salvador, n. 238, p. 226-500, 2016.
- FERNANDES, Florestan; PEREIRA, João Baptista Borges; NOGUEIRA, Oracy. A questão racial brasileira vista por três professores. *Revista USP*, São Paulo, n. 68, p. 168-179, dez.-fev. 2005-2006.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 119-146, jan.-jun. 2014.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006.
- FLORES, Tarsila. *Genocídio da juventude negra no Brasil: as novas formas de guerra, raça e colonialidade do poder*. Disponível em: [www.andhep2016.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=9]. Acesso em: 15.04.2017.
- FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de março de 1976. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Globalização, justiça e segurança humana: capacitação para a compreensão dos grandes desafios do século XXI*. Brasília: ESMPU, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- KREß, Claus. The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide. *The European Journal of International Law*, v. 18, n. 4. Disponível em: [www.ejil.org/pdfs/18/4/238.pdf]. Acesso em: 23.03.2017.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LEANDRO, Sylvia Amanda da Silva. Breves apontamentos sobre o tratamento judiciários dos “homicídios por auto de resistência” no Rio de Janeiro. Disponível em: [www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=18]. Acesso em: 11.04.2017.

- MULLINGS, Leith. Interrogando el racismo. Hacia uma antropologia antirracista. *Revista CS de Ciencias Sociales*, Cali, n. 12, p. 325-375, jul. 2013.
- NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- PEREZ LUÑO, António. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROBICHEZ, Juliette; MONTES, André Lamartin. A Corte Internacional de Justiça e o Brasil: uma necessária reconciliação. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, v. 9. ACDI, Bogotá: 2016. p. 51-80. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.02>]. Acesso em: 23.03.2017.
- SANTOS, Gislene Aparecida dos. *A invenção do “ser negro”: um percurso das idéias que naturalizaram a inferioridade dos negros*. Rio de Janeiro: Pallas, 2005.
- SIMÕES, Fernando Geraldo Leão. Os grupos protegidos pela Convenção do Genocídio: perspectivas e desafios interpretativos. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal – Anidip*, v. 3, 2015. p. 79-98. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.12804/anidip03.01.2015.03>]. Acesso em: 25.03.2017.
- WASELFIZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2016: homicídios por armas de fogo no Brasil. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf]. Acesso em: 11.04.2017.
- WASEILFIZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2013: homicídios e juventude no Brasil. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicídios_juventude.pdf]. Acesso em: 11.04.2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Corte Interamericana de Direitos Humanos: procedimento e crítica, de Guilherme Madeira Dezem – *RT* 844/11-27 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/1141-1164 (DTR\2006\172);
- A responsabilidade internacional do Estado e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de Sidney Guerra – *RDBras* 1/335-357 (DTR\2011\4709);
- Genocídio negro brasileiro: a importância da organização política reaja ou será morta (o), de Tarsila Flores – *RBCCrim* 135/519-540 (DTR\2017\5634); e
- O genocídio e o crime de genocídio, de Geraldo Minuci – *RBCCrim* 83/299-321 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/645-666 (DTR\2010\298).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 857/543 (JRP\2007\466).

CIDADANIA PARTICIPATIVA E EDUCAÇÃO FISCAL: O REFLEXO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCATIVAS NA CONTENÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

*PARTICIPATORY CITIZENSHIP AND FISCAL EDUCATION: THE REFLECTION OF PUBLIC
EDUCATIONAL POLICIES IN THE CONTENT OF CRIMES AGAINST THE TAX ORDER*

KARIN BIANCHINI GIRARDI

Mestranda do curso de Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Analista Judiciária do Tribunal Federal Regional da 3ª Região.
kbianchini@hotmail.com; kgirardi@trf3.jus.br

Recebido em: 26.01.2017

Aprovado em: 03.07.2017

Última versão da autora: 29.08.2017

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Tributário; Penal

RESUMO: Situado no contexto da expansão do Direito Penal na contemporânea sociedade mundial do risco, com suas novas relações econômicas e sociais em crescente mudança e aceleração, aplicado à repressão de bens jurídicos de caráter supraindividual, como é o caso da Ordem Tributária, dada a função social do tributo, o presente artigo tratará de apreciar a importância de políticas públicas de Educação Fiscal ao exercício da cidadania ativa, fundamento do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, que valoriza a participação popular na gestão pública, não apenas para aprimoramento da arrecadação tributária mas também para mitigação do uso do Direito Penal para coibir fraudes fiscais, que deve se restringir à intervenção mínima e à *ultima ratio*, uma vez identificado excessivo controle penal para gestão de riscos ligados a problemas sistêmicos que reclamam soluções programadas pela Administração Pública Tributária.

ABSTRACT: Set in the context of the expansion of criminal law in the contemporary world society of risk, with its new economic and social relations in increasing change and acceleration, applied to the repression of supra-individual legal goods, as is the case of the tax order, given the social function of the tax, this article will appreciate the importance of public policies of fiscal education to the exercise of active citizenship, foundation of the Brazilian Social and Democratic State of Law, which values popular participation in public management, not only to improve tax collection, but also to mitigate the use of criminal law to repress tax fraud, which should be restricted to the minimum intervention and *ultima ratio*, once identified excessive criminal control in risk management linked to systemic problems that demands solutions programmed by the Tax Administration.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Social e Democrático de Direito brasileiro – Arrecadação Tributária – Cidadania participativa – Políticas públicas de Educação Fiscal – Crimes contra a Ordem Tributária.

KEYWORDS: Brazilian Social and Democratic State of Law – Tax collection – Participatory citizenship – Public policies of Fiscal Education – Crimes against the Tax Order.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Cidadania participativa: evolução do conceito. 3. Direito social à educação para o pleno exercício da cidadania. 3.1. Educação Fiscal para o combate à sonegação fiscal. 3.1.1. Aspectos da legislação aplicada aos crimes de sonegação fiscal. 4. Política Pública de Educação Fiscal: o Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. 4.1. Base normativa. 4.2. Elementos do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. 4.3. Reflexos do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF no Estado e no Município de São Paulo. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, o presente artigo se inicia com a apreciação da evolução da concepção da cidadania, daquela despojada de toda a liberdade privada, afirmada apenas nos limites das cidades-estado, àquela dita participativa, solidária, horizontal, multicultural e universal do contemporâneo Estado Social e Democrático de Direito, adotado em nosso País, de modo a situar a importância da formação de cidadãos bem-instruídos, amadurecidos politicamente, para o seu pleno exercício, com a garantia da efetiva transformação social.

Prossegue, nesse contexto, demonstrando o valor da Educação Fiscal para o desenvolvimento de cidadãos conscientes que reconheçam a função socioeconômica do tributo e a necessidade de equilíbrio do Sistema Tributário Nacional, que detenham responsabilidade fiscal e se engajem permanentemente na gestão dos recursos públicos, especificamente no combate à sonegação fiscal, ao entendimento de que a intervenção do Direito Penal é subsidiária, não se justificando quando existirem outras alternativas idôneas e eficazes de tutela do bem jurídico, como são as políticas públicas de Educação Fiscal em relação à proteção do bem jurídico supraindividual, que é a Ordem Tributária, o que se conforma com a legislação aplicada ao parcelamento e ao pagamento dos créditos tributários, considerados os seus reflexos no âmbito penal.

Apresenta as políticas públicas relacionadas à temática existentes nas esferas nacional, estadual e municipal, seus objetivos e os resultados alcançados.

O método utilizado na elaboração deste artigo é o dedutivo, partindo de uma análise ampla e generalista para explicitar particularidades.

2. CIDADANIA PARTICIPATIVA: EVOLUÇÃO DO CONCEITO

A função do Estado como promovedor da justiça e igualdade social sofreu muitas transformações ao longo do tempo. Da onipotência estatal sobre a liberdade individual, prevalente nas cidades-estado gregas, à fórmula liberal do Estado Mínimo, que refletia a pugna das revoluções burguesas pela liberdade contra o despotismo, com esteio na separação de poderes, na igualdade formal perante a Lei, ao Estado de Bem-Estar Social, instalado após a Segunda Guerra Mundial, que assumiu prestações de serviços públicos, colocando na sociedade todas as classes, não apenas a burguesa, na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, à fórmula intervencionista-desenvolvimentista do contemporâneo Estado Social e Democrático de Direito, cujo objetivo precípua é a transformação da realidade social, marcada pelo pluralismo e pela heterogeneidade dos atores sociais, por intermédio da conjugação de esforços entre cidadãos e Estado para a construção de uma sociedade universal menos desigual, constituída sob o primado dos direitos humanos fundamentais, consolidou-se, paralelamente, a evolução da concepção da cidadania.

Na Grécia Antiga, os cidadãos eram titulares de direitos e também de deveres, estando estes ligados à ideia de utilidade e de compromisso perante a comunidade. Cidadãos eram aqueles que participavam diretamente da vida política, não gozando de nenhuma liberdade privada.

No Estado Absolutista dos séculos XVI e XVII, a cidadania baseava-se na relação vertical entre cidadão súdito e soberano e era determinada puramente pela nacionalidade. Thomas Hobbes, autor de *Leviatã* (1651) e *Do cidadão* (1651), sustentava que o Estado nada mais era que uma decorrência da vontade livre dos cidadãos de se submeterem ao poder absoluto e centralizador do soberano, em troca de proteção e de segurança, enquanto Jean-Jacques Rousseau, autor de *Do contrato social* (1762), afirmava a existência de um consenso entre cidadãos livres e iguais, detentores da verdadeira soberania, sobre a instituição da vida em sociedade, organizada sob a forma de Estado, limitado pela vontade geral do povo.

A cidadania liberal-individualista contextualizada nas revoluções burguesas dos séculos XVII (inglesas) e XVIII (francesa) consistiu no resgate da liberdade privada contra a tirania do Estado, com a sistematização da separação de poderes, por Montesquieu, autor de *O espírito das leis* (1748), e o estabelecimento do princípio democrático representativo, registrado, no período, o surgimento de instituições representativas dos cidadãos e a autonomia da sociedade civil. Inspirada nesse ideário, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consagrou a liberdade formal de todos perante a Lei, a nacionalidade

como princípio da soberania, a titularidade de direitos inatos do homem relacionados à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão, bem como a separação de poderes, que passou a constar dos textos constitucionais do mundo moderno. O Estado liberal minimalista, desincumbido da ingerência na economia capitalista, assumia função negativa no sentido de apenas proteger as liberdades civil e econômica dos indivíduos, abstendo-se de prestações garantidoras da eficácia dos direitos reconhecidos.

Com T. H. Marshall, na obra *Cidadania, classe e status*, publicada na década de 1950, a cidadania foi definida como um *status* arbitrariamente concedido pelo Estado, que garantia direitos, compreendidos como inatos à condição de ser humano, e impunha deveres mínimos, essencialmente a participação no sufrágio, o que se conciliava com a realidade das crescentes políticas sociais do pós-guerra, de dependência das pessoas em relação ao Estado.

O fim do modelo do Estado de Bem-Estar Social do pós-Segunda Guerra Mundial, da efetiva intervenção estatal nos setores econômico e social, e a ascensão da política neoliberal da era Thatcher-Reagan nos anos 1980, marcada pelo retorno do Estado mínimo das medidas de não intervenção na economia e de redução dos investimentos sociais e pela privatização das empresas estatais, conduzem ao enfraquecimento dos laços comunitários e à precariedade do exercício da cidadania acentuada pelos desequilíbrios provocados pelo processo de autorregulação do mercado.

Atualmente, no modelo do Estado Social e Democrático de Direito, interventor e comprometido com a transformação da realidade social, por meio de prestações positivas para o estabelecimento da equivalência de direitos, encontra-se a cidadania atrelada a direitos e também ao dever da colaboração do cidadão no processo de sua promoção social, pelo desenvolvimento de mecanismos de participação na implementação de políticas sociais diversas, de educação, saúde, moradia, cultura, etc., inaugurando-se, assim, a concepção de uma cidadania mais responsável pela distribuição equitativa do bem-estar social.

Carlos Alberto Simões de Tomaz ensina sobre a liberdade de participação defendida no Estado Social e Democrático de Direito:

(...) os pressupostos filosóficos do liberalismo e do Estado social foram encampados pelo Estado democrático. Não obstante, a liberdade, agora, tem um novo sentido, não quer mais significar a liberdade-autonomia, porém uma liberdade participação. A preocupação não é mais o homem indivíduo, mas o homem membro da sociedade. No dizer de Pedrosa (1978, p. 13) “O autêntico Estado de Direito não se pode satisfazer em

fixar o modo de como deve ser exercido o poder; é igualmente decisivo estabelecer quem deve exercê-lo”.¹

Paulo Bonavides² adiciona que o liberalismo dos dias atuais, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, deverá ser não apenas jurídico, na forma, mas também econômico e social, para que efetivamente contenha a identidade do Direito com a Justiça, apropriando-se das conquistas humanistas e dos ideais de justiça social. Afirmar que a liberdade passou por reinterpretações, abrindo caminho para o Estado Social, que significa intervencionismo, necessidade surgida com o mundo moderno, e que deve trilhar caminhos democráticos para a salvaguarda da tutela eficaz e equilibrada dos direitos fundamentais, inaugurando uma nova dimensão de homem, inserido na sociedade universal de nosso tempo.

A cidadania não está mais restrita ao território estatal, portanto, tal como concebida no Estado Liberal, que negava seu exercício pelos pobres, pelas mulheres e pelos analfabetos, não representando puramente *status* político. Desde a citada obra de T. H. Marshall, no século XX, passou a ser compreendida como um conjunto de direitos civis, políticos e sociais e, no século XXI, sua concepção se encontra intrinsecamente ligada às necessidades de reconhecimento da multiculturalidade, com a possibilidade de seu exercício perante várias comunidades políticas, e da horizontalidade entre os cidadãos, titulares de direitos individuais, coletivos e difusos e universais, bem como de promoção da inclusão social das minorias para a redução das desigualdades socioeconômicas, sem prescindir do dever de solidariedade, que busca resgatar o sentido da participação política ativa na sociedade, com a formação de uma rede de articulação entre cidadãos e Estado para a garantia da efetivação dos direitos fundamentais.

Assim que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) reconheceu, em seu preâmbulo, a “dignidade inerente a todos os membros da família humana” e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) registrou o reconhecimento, em seu

1. TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Estado de Direito e fundamentalidade dos direitos humanos nos paradigmas liberal, social e democrático. *Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região*, n. 6, ano 17, jun. 2005. p. 27.
2. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

preâmbulo, de “que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”.

É nesse sentido que Gianpaolo Poggio Smanio acrescenta que a doutrina do contrato social deve ser entendida, atualmente, como a doutrina do contrato constitucional e “deve estender-se da sociedade particular de cada Estado para uma ‘sociedade mundial’, de forma que cada ser humano tenha um ‘status’ mundial que lhe garanta direitos fundamentais”³.

Na Constituição da República de 1988, a cidadania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II), garantida por uma ordem política democrática, que legitima uma maior participação dos cidadãos no Estado.

Segundo Ana Maria D’Ávila Lopes, a cidadania, à luz da Constituição da República de 1988, é “um direito fundamental de todos”⁴, que deve ser contínua e constantemente exercida, por intermédio da participação política de todos os cidadãos no controle da atuação estatal, o que é indispensável para a efetivação de outros direitos fundamentais:

(...) embora o direito à cidadania não esteja previsto expressamente como um direito fundamental no Título II, o art. 5º, § 2º, estabelece que são direitos fundamentais os que se encontram expressos na Constituição sem restringir, desse modo, sua existência apenas aos mencionados nesse segundo Título, prevendo-se ainda a possibilidade da existência de direitos fundamentais não expressos no texto constitucional, mas decorrentes dos princípios ou do regime por ele adotado, ou também aqueles contidos em tratados internacionais aprovados pelo Estado brasileiro. Conclui-se, desse modo, que ainda que topograficamente o direito à cidadania não esteja previsto no Título II, mas no Título I, sua natureza de norma de direito fundamental não está prejudicada (...) a previsão da cidadania como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito reflete, sem dúvida, a importância que a sociedade brasileira conferiu à participação política dos cidadãos (...).⁵

3. SMANIO, Gianpaolo Poggio. As dimensões da cidadania. *Revista da ESMP*, ano 2, jan.-jun. 2009. p. 19.

4. LOPES, Ana Maria D’Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques; BEDÊ, Faya Silveira. *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 33.

5. *Ibidem*, p. 29-30.

3. DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO PARA O PLENO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Robert Dahl, responsável pela definição da “democracia ideal” e pelo estabelecimento de critérios mínimos para o exercício do método democrático de tomada de decisões numa sociedade politicamente organizada, leciona sobre a plena inclusão e a participação efetiva constituírem indispensáveis critérios de um processo democrático e acrescenta que “os defensores da democracia privilegiam a educação, com espaço para discussão pública, deliberação, debate, controvérsia, pronta disponibilidade de informação confiável e outras instituições de uma sociedade livre”⁶.

Também Ian Shapiro, defensor da tradição democrática de disputa do poder, em *Os fundamentos morais da política*, introduz a indagação: “quando os governos merecem nossa lealdade, e quando devemos negá-la?”⁷, situando a importância de um contínuo e vigoroso debate do público votante, capaz de pensar criticamente alternativas, avaliar a adequação de argumentos políticos e modificar os acordos sociais existentes que lhes prejudiquem. Inspirado em estudos das tradições utilitarista, marxista e contratualista sobre a legitimidade política, Ian Shapiro conclui, nessa obra, que “em um mundo no qual quem luta pelo poder tem de apelar ao interesse humano em conhecer a verdade e agir de acordo com ela, sempre haverá quem tente distorcer a verdade para alcançar seus objetivos”⁸, revelando-se incontroversa, nesse contexto, a necessidade de formação de uma opinião pública dotada de instrução suficiente que abra espaço para oposições significativas.

José Murilo de Carvalho⁹ ressalta que, inversamente à Inglaterra de T. H. Marshall, em que a cidadania foi sendo incorporada pela conquista de direitos civis (direito às liberdades de expressão, locomoção, pensamento etc.), políticos (sufrágio) e sociais (bem-estar econômico e segurança), no Brasil, a inversão da sequência dos direitos (sociais, políticos e civis) reforçou, em meio aos períodos de grande instabilidade política, alternados entre ditadura e democracia, a supremacia do Estado, colonizador, patrimonialista e paternalista, em detrimento do cidadão com verdadeira condição de participação na política,

6. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 92.

7. SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3.

8. Ibid., p. 299.

9. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

revelando o longo caminho a ser percorrido na consecução da educação cidadã para toda a sociedade brasileira que lhe assegure a expansão de outros direitos.

No Brasil, a incorporação de cláusulas programáticas de conteúdo social nos textos constitucionais se dá a partir da Constituição da República de 1934, inspirada na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição alemã de 1919.

A Constituição da República de 1934 tratou expressamente do direito à educação como “direito de todos”, ministrada “pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que (...) desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana” (art. 149), determinando a elaboração de um plano nacional de educação (arts. 5º, XIV, 150, *a*, e parágrafo único, e 152). Gilberto Bercovici assinala que, no período, os direitos sociais são compreendidos como direitos fundamentais, “especialmente o direito à subsistência e à educação”¹⁰.

Sucedeu que a Constituição brasileira de 1937 previu que “à infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais” (art. 129), a Constituição da República de 1946 garantiu o direito à educação como “direito de todos”, “dada no lar e na escola” e inspirada “nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana” (art. 166) e a Constituição brasileira de 1967 dispôs que “a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana” (art. 168).

Na Constituição da República de 1988, o direito à educação é previsto expressamente entre os direitos sociais (art. 6º), definido como “direito de todos e dever do Estado e da família”, sendo estipulada sua promoção e incentivo “com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, *seu preparo para o exercício da cidadania* e sua qualificação para o trabalho” (art. 205) (grifo nosso).

Gilberto Bercovici leciona que a Constituição de 1988 inclui o programa nacional-desenvolvimentista em seu texto, prevendo, expressamente, um plano

10. BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 732-733.

de transformação da sociedade brasileira, “com o reforço dos direitos sociais, a proteção do mercado interno (art. 219), o desenvolvimento e a erradicação da miséria e das desigualdades sociais e regionais (arts. 3º e 170) como objetivos da República”¹¹.

Na Lei n. 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, registra-se que “a educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a *formação comum indispensável para o exercício da cidadania* e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores” (art. 22) (grifo nosso).

De acordo com T. H. Marshall na obra *Cidadania, classe e status*, a educação é pré-requisito necessário da liberdade civil:

O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado. E, nesse ponto, não há nenhum conflito com os direitos civis (...) pois os direitos civis se destinam a ser utilizados por pessoas inteligentes que aprenderam a ler e escrever (...) tornou-se cada vez mais notório, com o passar do século XIX, que a democracia política necessitava de um eleitorado educado e de que a produção científica se ressentia de técnicos e trabalhadores qualificados; o dever de auto-aperfeiçoamento e de autocivilização é, portanto, um dever social e não somente individual porque o bom funcionamento de uma sociedade depende da educação de seus membros (...).¹²

No mesmo sentido, Maria Victoria Benevides ensina que a educação propicia a conquista de uma igualdade efetiva entre os cidadãos que lhes garante a condição de reivindicar direitos sociais:

A cidadania democrática pressupõe a igualdade diante da lei, a igualdade da participação política e a igualdade de condições sócio-econômicas básicas, para garantir a dignidade humana. Essa terceira igualdade é crucial, pois exige uma meta a ser alcançada, não só por meios de leis, mas pela correta implementação de políticas públicas, de programas de ação do Estado. É aqui que se afirma, como necessidade imperiosa, a organização popular para a legítima pressão sobre os poderes públicos. A cidadania ativa pode ser exercida

11. BERCOVICI, op. cit., p. 728.

12. MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania e classe social*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. p. 73-74.

de diversas maneiras, nas associações de base e movimentos sociais, em processos decisórios na esfera pública, como os conselhos, o orçamento participativo, iniciativa legislativa, consultas populares (...) é conhecida a relação muitas vezes vista como dilemática entre igualdade e liberdade. Ora, os direitos civis e políticos exigem que todos gozem da mesma liberdade, mas são os direitos sociais que garantirão a redução das desigualdades de origem, para que a falta de igualdade não acabe gerando, justamente, a falta de liberdade. Por sua vez, não é menos verdade que a liberdade propicia as condições para a reivindicação de direitos sociais. Um exemplo histórico do direito social à educação parece-me eloquente. Já em abril de 1792, Condorcet alertava, no Relatório sobre a Instrução Pública apresentado à Assembléia Legislativa: “os direitos humanos permanecerão formais se não se firmarem na base da igualdade efetiva dos indivíduos em relação à Educação e à Instrução”.¹³

Não se olvida que o pleno exercício da cidadania não pode prescindir de uma sociedade instruída e bem preparada para a pugna de seus direitos.

O desafio do Estado desenvolvimentista das políticas públicas de implementação dos direitos sociais, na realidade social plural e complexa da atualidade, é a integração de todos os aspectos da cidadania (sociais, políticos e econômicos), afigurando-se indiscutível a importância da promoção do direito social à educação, até para que os cidadãos tenham reais condições de transformar positivamente a sociedade, tornando-a mais justa e igualitária.

3.1. Educação Fiscal para o combate à sonegação fiscal

No âmbito tributário, desvela-se a necessidade de implantação de políticas públicas voltadas à Educação Fiscal dos cidadãos para o aprimoramento da Administração Pública Tributária que repercuta satisfatoriamente, entre outros objetivos, no controle da evasão fiscal.

O desenvolvimento econômico equilibrado do País, a que alude o art. 174 da Constituição da República de 1988, está intimamente vinculado à atividade arrecadatória desempenhada pelo Estado.

A função social dos tributos relaciona-se com o uso do Sistema Tributário Nacional como instrumento essencial do Estado Social e Democrático de Direito, promovedor do bem comum, da igualdade e da justiça, por meio do desenvolvimento social e econômico.

13. BENEVIDES, Maria Victoria. *A questão social no Brasil: os direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais*. p. 4-5. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/militantes/mariavictoria/benevides_questao_br_dhesc.pdf]. Acesso em: 29.08.2017.

Sendo os tributos a principal fonte de financiamento dos serviços públicos, responsáveis pela realização de políticas sociais no Estado, a Educação Fiscal tem o condão de possibilitar o amadurecimento da consciência popular no sentido de que os cidadãos estão contribuindo, por meio do pagamento de tributos, para o acesso de todos a direitos e garantias fundamentais, como saúde, educação, habitação, justiça e segurança pública, entre outros, desestimulando a inadimplência.

Mais ainda, a Educação Fiscal tem por escopo conter a utilização do Direito Penal como principal instrumento educador da população voltado à repressão do delito de sonegação fiscal de que cuida a Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a Ordem Tributária, econômica e contra as relações de consumo.

3.1.1. Aspectos da legislação aplicada aos crimes de sonegação fiscal

A Lei n. 8.137/90 define os crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as relações de consumo. Ocupa-se de descrever as condutas típicas praticadas por particulares no seu art. 1º,¹⁴ de natureza material, para cuja consumação se exige efetiva redução ou supressão do tributo, vale dizer, o dano ao Erário quantificado pelo lançamento definitivo do tributo, versado na Súmula

14. Lei 8.137/90, art. 1º. Constitui crime contra a Ordem Tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei 9.964, de 10.4.2000)

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e art. 2º,¹⁵ de natureza formal, bastando a prática da conduta fraudulenta no sentido de o contribuinte eximir-se do pagamento da exação a sua consumação.

Vale ressaltar que não se incrimina a conduta do contribuinte meramente inadimplente ou tardio na entrega de sua declaração de rendimento à Receita Federal, mas daquele que atua com dolo de fraudar o recolhimento dos tributos devidos ao Fisco.

A referida Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal estipula que “não se tipifica crime material contra a Ordem Tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Equivale a dizer que a ação penal, bem como a investigação criminal que pode anteceder-lá, relativas aos crimes contra a Ordem Tributária, previstos no art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/90, só podem ser iniciadas com o lançamento definitivo do tributo, o que se dá com o trânsito em julgado do processo administrativo-fiscal.

No delito de sonegação fiscal, a inexistência de decisão definitiva na instância administrativa enseja a extinção da ação criminal por carência de justa causa, a teor do art. 395, III, do Código de Processo Penal, tendo a jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assentado que a constituição do crédito tributário após o recebimento da denúncia não tem o condão de convalidar atos realizados em ação penal e impõe a decretação da nulidade do processo criminal desde o seu início (STF,

15. Lei n. 8.137/90, art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei 9.964, de 10.4.2000)

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

HC 97854, rel. Min. Roberto Barroso, j. 11.03.14; HC 105197, rel. Min. Ayres Britto, j. 08.11.11; HC 97118, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23.03.10; STJ, AGRESP 201202078440, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 02.10.14; HC 200602282520, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 18.06.14; HC 201200694806, rel. Min. Laurita Vaz, j. 11.03.14; HC 201000200146, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18.06.13; TRF 3ª Região, ACR 00081221020054036110, rel. Des. Fed. Nino Toldo, j. 31.03.15; ACR 00042267320024036106, rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 29.01.15).

Encerrado o processo administrativo-fiscal, observada a Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal, e encaminhada representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, nos termos do art. 83 da Lei 9.430/93, com a redação dada pela Lei 12.350/10, a ação penal para apuração desses ilícitos, que pode prescindir da instauração de inquérito policial, é iniciada e tramitará pelo rito comum ordinário previsto no Código de Processo Penal.

Diversas foram as leis¹⁶ que regularam a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário desde a Lei 4.729/65, que, por primeiro, disciplinou os delitos tributários no Brasil até a Lei 12.382/11, em vigor, diferindo, basicamente, apenas quanto ao momento do pagamento. Esta dispõe que

16. Legislação sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito fiscal:

Lei 4.729, de 14.07.65, art. 2º, *caput*:

Art. 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria.

Lei 8.137, de 27.12.90, art. 14:

Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Lei 9.249, de 26.12.95, art. 34, *caput*:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes de recebimento da denúncia.

Lei 9.964, de 10.04.00, art. 15, § 3º:

§ 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

Lei 10.684, de 30.05.03, art. 9º, § 2º:

extinção da punibilidade nos crimes contra a Ordem Tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e nos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, dá-se mediante o pagamento integral do débito tributário, independentemente da fase em que se encontre o processo criminal.

No que tange ao parcelamento, foi prevista a suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento do débito tributário por várias leis,¹⁷ que diferiram ape-

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições, inclusive acessórios.

Lei 11.941, de 27.05.09, art. 69, *caput* e parágrafo único:

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

Lei 12.382, de 25.02.11, art. 6º, que alterou o art. 83 da Lei 9.430, de 27.12.96:

Art. 83, § 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no *caput* quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

17. Legislação sobre a suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento do débito fiscal:

Lei 9.964, de 10.04.00, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – Refis I, art. 15:

Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

Lei 10.684, de 30.05.03, que dispôs sobre o parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social, art. 9º:

Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

Lei 11.941, de 27.05.09, que alterou a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários – REFIS da Crise, art. 68:

nas quanto ao limite temporal para inclusão dos débitos fiscais no programa de parcelamento para que repercutisse efeitos no âmbito penal, dispondo a Lei 12.382/11, em vigor, que apenas a adesão a regime de parcelamento anterior ao recebimento da denúncia tem o condão de suspender a pretensão punitiva em relação aos crimes contra a Ordem Tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal.

Conclui-se, assim, que a ação penal, que somente poderá ter início após o trânsito em julgado do processo administrativo-fiscal, pode ser suspensa, em razão do parcelamento do débito tributário objeto da denúncia, desde que comprovado o pagamento das prestações, ou extinta, em razão do seu pagamento integral, o que pode ocorrer em fases avançadas do seu processamento, após a conclusão da fase instrutória, por exemplo, o que evidencia uma distorção: o Direito Penal, cuja intervenção é pautada pelo princípio da *ultima ratio*, está se expandindo indevidamente para intimidar o cidadão ao pagamento do débito fiscal, tanto que, alcançado o seu parcelamento, suspende-se a pretensão punitiva e, obtido o adimplemento, extingue-se a punibilidade do agente, como mencionado acima.

Vale consignar o pensamento de Maria da Conceição Ferreira da Cunha sobre a intervenção subsidiária do Direito Penal, como *ultima ratio*, não se justificando seu uso quando existir outra forma suficiente e eficaz de que disponha o Estado para proteção do bem jurídico ameaçado:

Segundo o pensamento jurídico-penal hodierno, no mundo ocidental, em sociedades democráticas, plurais e abertas, que prestam homenagem ao

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Lei 12.382, de 25.02.11, art. 6º, que alterou o art. 83 da Lei 9.430, de 27.12.96:

Art. 83, § 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

Art. 83, § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

princípio do Estado de Direito Material (de consagração constitucional), o Direito Penal é visto como instrumento de proteção de bens fundamentais da comunidade. Diz-nos Figueiredo Dias: “Num Estado de Direito material deve caber ao Direito Penal uma função exclusiva de protecção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem e cuja violação constitui o crime”. Por outro lado, e tendo ainda como fundamento a particular gravidade da sanção penal, com todos os custos sociais que tal gravidade implica, é maioritariamente aceite, actualmente, a caracterização da intervenção penal como subsidiária, como a “ultima ratio” do sistema social e devendo actuar apenas quando se mostre adequada; ou seja, só deverá haver recurso à pena quando tal se torne absolutamente necessário, por não existir outra forma suficientemente eficaz de protecção do valor essencial em causa e, concomitantemente, quando ela se apresente idónea, eficaz, apta a proteger esse valor.¹⁸

Nesse sentido, João Carlos Castellar, em importante obra sobre a criminalidade dos poderosos, vale dizer, categoria criminológica a que se atribuiu forma de atuação organizada e poderio econômico, afirma:

Diante da vacuidade do conceito mesmo de bem jurídico e da sua possível manipulação para a obtenção de consensos na atividade legiferante, “com o princípio da intervenção mínima se quer dizer que os bens jurídicos não só devem ser protegidos pelo Direito Penal, senão também ante o Direito Penal”, mesmo porque, da concepção do Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, “não se deduz automaticamente que o legislador esteja obrigado a sancionar penalmente todos os comportamentos que lesionem bens jurídicos, quando a proteção aos mesmos se pode conseguir inclusive mais eficazmente através de outros instrumentos não penais”.¹⁹

Nesse mesmo sentido que Luís Flávio Gomes e Alice Bianchini sustentam que o maior desafio do penalista da contemporaneidade reside no combate à irracionalidade de grande parte do Direito Penal exageradamente intervencionista, que denominam de “fuga para o Direito Penal”²⁰, em obediência

18. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

19. CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 166-167.

20. GOMES, LUIZ FLÁVIO; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 113.

ao seu caráter fragmentário, mencionando a transformação em delito de uma série de infrações meramente administrativas, que exemplificam com o art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.137/90, que tutela não a ordem tributária, mas a atividade administrativa de fiscalização contábil junto a empresas. E que Raul Cervini²¹ corrobora, aludindo ao discurso jurídico de que os objetivos “declarados” do sistema penal são a igualdade, a segurança jurídica e a prevenção geral, devendo-se repudiar sua utilização excessiva, com a advertência de Castellar, que reconhece como objetivo “não declarado” do Direito Penal o controle do antagonismo entre capital e trabalho assalariado numa sociedade que se caracteriza pelos riscos difusos e supraindividuais decorrentes do desenvolvimento do capitalismo midiático-financeiro-industrial, no sentido de que “a pena só poderá manter vivo o seu sentido, caso o Direito Penal não se degenere em uma moldura para a solução de todos os problemas”²².

Especificamente no que tange à criminalidade econômica, Castellar confirma o alargamento da aplicação do Direito Penal, pela via da técnica legislativa de construir tipos de perigo abstrato em relação a condutas que antes mereciam censura apenas sob o viés do Direito Administrativo sancionador, sendo forte a tendência política de impor maior severidade às sanções destinadas a delitos dessa natureza, não obstante as advertências da doutrina no tocante à ineficiência das funções da pena para essa forma de criminalidade, o que revela certa magnificação do Direito Penal, explorando-se seu caráter simbólico, para legitimar figuras penais que, antes de tutelarem efetivamente bem jurídico penal, apaziguam a opinião pública na luta contra o crime.

Fala-se mesmo de um “Direito Penal administrativizado, sendo utilizado como meio coercitivo de recebimento de tributos”²³, processo que Jesús-María

21. CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 73.

22. CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 72.

23. BENFICA, Amanda Daniela; OLIVEIRA, Leônidas Meireles Mansur Muniz de. A (des)necessidade da tutela penal nos crimes de sonegação fiscal. In: RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SANTOS, Bartira Macedo Miranda; MELLO, Marília Montenegro Pessoa De (Coord.). *Criminologias e política criminal*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 12. Disponível em: [www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/23r885k0/dD3b8879qHIXDTj.pdf]. Acesso em: 29.08.2017.

Sanchez²⁴ explica como a conversão do Direito Penal, que, antes, reagia *a posteriori*, no combate a um fato lesivo individualmente delimitado, em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais (bens jurídicos supraindividuais), a que se encontra submetida toda a sociedade contemporânea, complexa e globalizada, situada, nessa problemática, a questionável relevância para a tutela penal das condutas a que se liguem os benefícios da suspensão da pretensão punitiva e da extinção da punibilidade a partir do mero pagamento do tributo.

Impõe-se, nesse contexto, que a movimentação do Judiciário para coibir a sonegação fiscal seja mitigada, concretamente, por políticas públicas voltadas à Educação Fiscal do cidadão, de quem é reclamada participação ativa na gestão pública no Estado Social e Democrático de Direito, que prima pelo respeito às liberdades individuais, bem como pela aplicação mínima do Direito Penal.

Programas governamentais voltados à emancipação da consciência coletiva quanto à função social do tributo, que atende às necessidades de toda a população, podem incrementar o controle da arrecadação tributária e contribuir, eficazmente, à redução da prática da sonegação fiscal.

4. POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO FISCAL: O PROGRAMA NACIONAL DE EDUCAÇÃO FISCAL – PNEF

Maria Paula Dallari Bucci conceitua política pública em Direito como:

Programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.²⁵

A implementação de políticas públicas, “objeto por excelência dos direitos sociais”²⁶ no Estado Social e Democrático de Direito, pressupõe ação

24. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luis Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

25. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

26. DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21.

coordenada e articulada entre os agentes envolvidos, podendo contar com a participação de diversos entes federativos (União, Estados e Municípios), órgãos governamentais (Ministérios, Secretarias, Conselhos, Centros Técnicos etc.), Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário) e, até mesmo, organismos internacionais, promoção de arranjos institucionais, que melhor expressem os programas de ação e sua abrangência, multidisciplinariedade, por demandar, muitas vezes, estudo de diversas áreas do conhecimento, ultrapassando o universo do Direito, planejamento racional, que garanta a máxima efetividade da intervenção governamental, com repartição de recursos e responsabilidades, bem como identificação do problema, definição dos objetivos, condizentes com as prioridades selecionadas, dos destinatários, da estratégia de implantação, dos prazos e resultados esperados e do controle de sua execução, com destaque para a participação ativa da sociedade civil em todo o processo de sua elaboração, composto de diversas fases sobre as quais leciona Clarice Seixas Duarte:

O processo de definição e implementação das políticas públicas envolve uma série de atividades e etapas distintas, dentre as quais podemos destacar: (a) identificação dos problemas e demandas a serem atacados para a definição das prioridades a serem decididas junto aos formuladores de políticas públicas; (b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados; (c) implementação propriamente dita da política, com a criação da estrutura necessária e observância da burocracia existente, gasto de recursos e aprovação de leis; (d) avaliação dos resultados da política por meio da verificação dos resultados e impacto da política, para que se possa aferir se ela realmente funciona ou não; (e) fiscalização e controle da execução da política por meio da atuação da sociedade civil, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.²⁷

Numa perspectiva de racionalização, Maria Paula Dallari Bucci²⁸ apresenta o Quadro de Referência de uma Política Pública, sendo nele indicados os elementos mais importantes de uma política pública – nome oficial do programa de ação, gestão governamental, base normativa, desenho jurídico-institucional, agentes governamentais, agentes não governamentais, mecanismos jurídicos de articulação, escala e público-alvo, dimensão econômico-financeira do

27. DUARTE, op. cit., p. 25-26.

28. BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Org.). *O direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras Editora, 2015.

programa, estratégia de implantação, funcionamento efetivo do programa e aspectos críticos do desenho jurídico-institucional –, considerados na presente abordagem da Política Pública de Educação Fiscal, mais especificamente do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF e de seus reflexos em âmbito estadual e municipal.

De acordo com o documento base do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF, a Política Pública de Educação Fiscal objetiva:

(...) a construção de uma consciência voltada ao exercício da cidadania, objetivando e propiciando a participação do cidadão no funcionamento e aperfeiçoamento dos instrumentos de controle social e fiscal do Estado (...).

O PNEF sugere ainda que a Educação Fiscal deve ser entendida como capaz de interpretar as várias teorias financeiras da arrecadação e dos gastos públicos, instigando o cidadão a aprender e entender o seu papel como contribuinte solidário e participativo que beneficia a todos, inclusive a ele próprio. Para que isso ocorra, deve-se estar consciente da importância da participação no acompanhamento da aplicação dos recursos públicos, ou seja, do controle social, que deve ser pautado na justiça, transparência, honestidade e eficiência, minimizando o conflito da relação entre o cidadão “contribuinte”, e o Estado “arrecadador”.

Todas essas questões evidenciam a importância da Educação Fiscal no desenvolvimento do país, desafiando o cidadão a entender o seu papel como contribuinte solidário e participativo.²⁹

O mesmo documento registra que a Educação Fiscal se destina a todos os níveis do sistema de ensino e diversos segmentos da sociedade, sendo reconhecida como importante instrumento de qualificação dos atores sociais e agentes públicos. Indica como fundamentos da Educação Fiscal:

- Na educação: o exercício de uma prática educativa, na perspectiva de formar um cidadão consciente, reflexivo e mobilizador, contribuindo para a transformação social;
- Na cidadania: incentiva o cidadão à participação individual e coletiva na definição de políticas públicas e na elaboração de leis para sua execução;
- Na ética: fortalece conduta responsável e solidária, que valorize o bem comum;
- Na política: compartilha conhecimentos sobre gestão pública eficiente, eficaz e transparente quanto à captação, à alocação e à aplicação dos recursos

29. Documento base do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. Disponível em: [www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/educacao-fiscal/pnef/pasta-sobre-o-programa/documento-base-PNEF]. Acesso em: 29.08.2017.

públicos, com responsabilidade fiscal, e ênfase no conceito de bem público como patrimônio da sociedade;

- No controle social, dissemina conhecimento e instrumentos para que o cidadão possa atuar no combate ao desperdício e a corrupção;
- Na relação Estado-Sociedade: desenvolve uma relação de confiança entre a administração pública e o cidadão, oferecendo-lhe um atendimento respeitoso e conclusivo, com ênfase na transparência das atividades;
- Na relação Administração-contribuinte: estimula o cumprimento voluntário das obrigações tributárias e o combate à sonegação fiscal, ao contrabando, ao descaminho e à pirataria, reforçando, sempre, a necessidade de prestação de serviços públicos de qualidade;
- Na condução do PNEF: realiza práticas democráticas em permanente integração com todos os segmentos sociais, de modo a contribuir para que o Estado cumpra seu papel constitucional de reduzir as desigualdades sociais e ser instrumento de fortalecimento permanente do estado democrático de direito.³⁰

4.1. Base normativa

Data de 1996 o Convênio – CONFAZ, que dispôs sobre a cooperação técnica entre o Ministério da Fazenda e as Secretarias da Fazenda, Finanças e Tributação dos Estados e do Distrito Federal, cujo objeto foi “estabelecer as bases gerais de ampla cooperação entre o Ministério da Fazenda e as Secretarias de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal, em projetos de interesse mútuo na área de finanças públicas” (cláusula primeira), cujas atividades relacionavam-se, entre outras, à “realização de ações conjugadas de interesse dos fiscos federal e estaduais (cláusula segunda, inciso V).

Em 2002, sucedeu a edição da Portaria 413 do Ministério do Estado da Fazenda e do Ministério do Estado da Educação, que definiu a competência dos órgãos responsáveis pela implementação do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF.

Em 22.02.2003, a Carta de Brasília, assinada pelo Presidente da República, entre outras autoridades públicas, ao tratar da Reforma Tributária, enfatizou que “todas as unidades federadas deverão promover um esforço e trabalho integrados com vistas à educação tributária e ao combate à sonegação”³¹.

30. Documento base do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF, op. cit.

31. Carta de Brasília, assinada em 22.02.03. Disponível em: [www.fiscosoft.com.br/n/d3ou/25022003-veja-a-integra-da-carta-de-brasil-mpasapplicationtextogovernado-

Em 2007, sobreveio o Protocolo de Cooperação 5, firmado entre a União, por intermédio da Secretaria da Receita Federal do Brasil, os Estados e o Distrito Federal, por intermédio de suas Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação, e os Municípios, representados pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças dos Municípios das Capitais (Abrasf) e pela Confederação Nacional de Municípios (CNM), objetivando “o fortalecimento do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF”, considerada sua importância para a sociedade, sintetizada como “*compreensão do significado socioeconômico do tributo (...), transparência na aplicação dos recursos públicos (...), incremento do cumprimento voluntário das obrigações tributárias*” (preâmbulo, grifos nossos), previstas ações voltadas a “promover o estabelecimento de parcerias e incentivos a projetos e ações que *aproximem as administrações tributárias das demais instituições públicas e privadas que tenham relação com a arrecadação e controle dos recursos públicos*” (cláusula segunda, inciso IV, grifo nosso), bem como a “garantir *espaços de interlocução nas reuniões do Confaz, Enat, Encat e as entidades que representem os municípios*, bem assim em outros fóruns em que o tema se revelar pertinente” (cláusula segunda, inciso V, grifo nosso).

4.2. Elementos do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF

O Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF foi criado com o seguinte objetivo:

Promover e institucionalizar a Educação Fiscal *para o pleno exercício da cidadania, sensibilizar o cidadão para a função socioeconômica do tributo*, levar conhecimento ao cidadão sobre administração pública e criar condições para uma relação harmoniosa entre o Estado e o cidadão. (Portaria Interministerial MF/MEC 413, de 31.12.2002, art. 1º). (grifo nosso)

É composto de representante do Ministério da Educação, da Escola de Administração Fazendária – ESAF, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da Secretaria do Tesouro Nacional, das Secretarias de Fazenda e das Secretarias de Educação dos Estados e do Distrito Federal (Portaria Interministerial MF/MEC 413, de 31.12.2002, art. 3º).

Objetiva disseminar informações e conceitos sobre a gestão fiscal, favorecendo a compreensão e a intensificação da participação social nos processos

res-reunidos-com-lula-divulgam-acordo-sobre-pontos-das-reformas-da-previdencia-e-tributaria-applicationfimtext]. Acesso em: 29.08.2017.

de geração, aplicação e fiscalização dos recursos públicos, mediante o desenvolvimento de ações permanentes de sensibilização e incentivos à prática interdisciplinar nas ações de Educação Fiscal, capacitando de forma continuada agentes multiplicadores.

A implementação do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF é de responsabilidade do Grupo de Trabalho de Educação Fiscal – GEF (Portaria Interministerial MF/MEC 413, de 31.12.2002, art. 2º).

É pretendida sua institucionalização em todas as esferas de governo (federal, estadual e municipal), constituindo órgão vinculado ao Grupo de Trabalho de Educação Fiscal – GEF o Grupo de Educação Fiscal nos Estados – GEFE, o Grupo de Educação Fiscal da Secretaria da Receita Federal – GEFF e o Grupo de Educação Fiscal dos Municípios – GEFM (Portaria Interministerial MF/MEC 413, de 31.12.2002, art. 4º, parágrafo único). Esses grupos têm por objetivo planejar e coordenar as atividades de Educação Fiscal, fazendo a interlocução com gestores públicos e diversos segmentos da sociedade, fomentando parcerias e avaliando os resultados alcançados no sentido de aperfeiçoá-los ou adequá-los a novas diretrizes.

O programa abrange estudantes do ensino fundamental, médio e superior, servidores públicos e a sociedade em geral e contempla:

(...) educação formal e não formal, com ações desenvolvidas pelas instituições gestoras das três esferas de governo a partir de projetos específicos que contemplem a realidade, a diversidade e o contexto social, político e econômico locais, observadas as diretrizes fixadas no PNEF³²

A estratégia de sua implantação, com base nos dados fornecidos pela Escola de Administração Fazendária – ESAF, é sintetizada com as seguintes ações:

– Sensibilização da alta gerência – Ministro da Fazenda e Ministro da Educação, Governadores, Secretários de Fazenda e Secretários de Educação, a ser coordenada pelo Grupo de Trabalho de Educação Fiscal – GEF, mediante as seguintes ações: a) apresentação do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF; b) realização de encontro nacional, com representantes da alta administração das Secretarias de Fazenda, das Secretarias de Educação, dos

32. CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 9. Grupo de Educação Fiscal do Estado de São Paulo: trabalho coordenado e estruturado entre as três esferas de governo, diferentes secretarias, com participação de entes públicos e sociedade civil. Disponível em: [www.educacaofiscal.sp.gov.br/pages/Materiais_Did%C3%A1ticos/RegistroTA/CONSAD%20-%20Painel-36-03.pdf]. Acesso em: 29.08.2017.

Conselhos Estaduais de Educação e Ministério Público, para apresentação do Programa Nacional de Educação Fiscal e de experiências realizadas nos estados; c) convite ao Ministro da Fazenda e ao Ministro da Educação para gravação de mensagens a serem veiculadas em teleconferências;

– Participação do Ministério da Educação: estudo e análise de viabilidade de inclusão da temática tributária nos “Parâmetros Curriculares Nacionais – PCN”, do ensino fundamental e médio;

– Obtenção de legislação específica para a inclusão do programa nos estabelecimentos de ensino públicos e particulares: reuniões com técnicos da Secretaria de Educação para elaboração dos atos normativos necessários à implementação do programa, e obtenção de assinaturas das autoridades competentes nos referidos atos normativos;

– Criação do Grupo de Trabalho Estadual – GEFE e da Comissão Mista Permanente: a) constituição em cada estado e Distrito Federal, do Grupo de Trabalho Estadual – GEFE e da Comissão Mista Permanente; b) estabelecimento da estrutura mínima necessária, tanto em nível de recursos humanos, quanto de recursos materiais;

– Seleção e produção de material didático: a) reuniões com técnicos da Secretaria da Fazenda e Educação para definição do material necessário e análise do material disponível; b) produção de material; c) elaboração de livro-texto para instrumentalização e capacitação de professores;

– Seleção dos estabelecimentos de ensino: a) identificação dos estabelecimentos de ensino que, de início, serão abrangidos pelo programa; b) formalização da participação do estabelecimento de ensino e designação do responsável pela execução do programa no estabelecimento;

– Sensibilização dos prefeitos e secretários municipais de Fazenda e de Educação: a) preparação de uma exposição para apresentação dos objetivos e das formas como serão desenvolvidas as atividades de Educação Fiscal; b) definição de contrato de parcerias;

– Sensibilização e capacitação do responsável pela execução do programa em cada unidade escolar: a) preparação e realização de seminários para apresentação dos objetivos e formas como serão desenvolvidas as atividades relacionadas à Educação Fiscal; b) avaliação de reação dos participantes ao programa;

– Criação de indicadores de avaliação da implementação do programa.³³

33. ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA – ESAF. Secretaria Executiva do Grupo de Trabalho Educação Fiscal – GEF. *Programa Nacional de Educação Fiscal*. Versão 8. Disponível em: [http://esaf.fazenda.gov.br]. Acesso em: 29.08.2017.

A Escola de Administração Fazendária – ESAF³⁴ também divulga o planejamento estratégico e a avaliação de resultados do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF.

4.3. *Reflexos do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF no Estado e no Município de São Paulo*

A Portaria Interministerial MF/MEC 413, de 31.12.2002, previu a competência das Secretarias de Fazenda dos Estados para institucionalizar os seus respectivos Grupos de Educação Fiscal Estaduais – GEFE (art. 13, II).

O Estado de São Paulo participa do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF, bem como do Grupo Nacional de Educação Fiscal – GEF, sendo o Grupo de Educação Fiscal Estadual – GEFE/SP instituído pelo Decreto Estadual 57.362, de 23. 09.2011, e integrado pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, Receita Federal do Brasil – RFB, da 8º Região Fiscal e Centro de Treinamento Regional da ESAF – CENTRESAF/SP (art. 3º), destacando-se, entre seus objetivos, “desenvolver projetos de integração estadual no PNEF” (art. 2º, IX), “estimular a implantação do PNEF no âmbito dos municípios, subsidiando tecnicamente e socializando experiências bem sucedidas” (art. 2º, X) e “manter permanente contato com o Conselho Estadual de Educação, estimulando a inserção curricular de Educação Fiscal na rede pública de ensino” (art. 2º, XI, grifo nosso).

O Decreto Estadual n. 60.812, de 30.09.14 criou o Centro de Educação Fiscal na estrutura da Escola Fazendária do Estado de São Paulo – FAZESP, com as atribuições de “planejar, executar e produzir materiais e conteúdos para o Programa de Educação Fiscal para a Cidadania” (art. 98, I, grifo nosso) e “planejar e executar seminários, fóruns e eventos com vista à divulgação de conteúdos relativos à Educação Fiscal para a sociedade em geral” (art. 98, II, grifo nosso).

A Resolução 95, de 28.12.2015, da Secretaria do Estado da Fazenda, considerando a instituição do Grupo Estadual de Educação Fiscal – GEFE/SP, bem como a criação do Centro de Educação Fiscal na estrutura da Escola Fazendária do Estado – Fazesp, instituiu a “Política de Educação Fiscal para a Cidadania”, com a finalidade de “conscientizar a sociedade quanto à importância

34. Planejamento estratégico do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF – 2013 a 2015. Disponível em: [www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/educacao-fiscal/pnef/pasta-sobre-o-programa/arquivos/objetivos-estrategicos-2013-2015]. Acesso em: 29.08.2017.

dos tributos – seu papel na sociedade e na economia –, bem como no que toca à relevância da transparência e do controle social dos gastos públicos, harmonizando sua relação com o Estado” (art. 1º), sendo diretrizes dessa política o “alinhamento aos objetivos estratégicos da Secretaria da Fazenda, e em especial da Coordenadoria de Tecnologia e Gestão Estratégica – CTG” (art. 2º, I), o “contínuo aperfeiçoamento das ações de transparência da Sefaz e de sua comunicação com a sociedade” (art. 2º, II), a “*interlocução e parceria com os órgãos dos outros entes federativos que trabalham com a temática da Educação Fiscal no Estado de São Paulo*” (art. 2º, III, grifo nosso) e o “monitoramento e avaliação constante dos projetos desenvolvidos, visando a que os resultados previstos sejam alcançados” (art. 2º, IV).

Merece relevo, no Estado de São Paulo, o Programa de Educação Fiscal para a Cidadania, instituído desde 1993, com o intuito de conscientizar a sociedade quanto à relevância dos tributos e do controle dos gastos públicos. Da criação do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF em diante, as atividades do Programa de Educação Fiscal para a Cidadania foram intensificadas, destacando-se os Programas “Fazenda Aberta”, “Fazenda Vai à Escola”³⁵, “Fazenda Vai à Praia”³⁶, além do curso de Disseminadores da Educação Fiscal³⁷, participação em feiras – como a Feira do Estudante Expo CIEE, Bienal Internacional do Livro de São Paulo, Feira do Livro de Ribeirão Preto, Feira Internacional de

35. Programa “Fazenda Vai à Escola”: nesse programa, integrante da equipe do Grupo da Educação Fiscal Estadual de São Paulo – GEFE/SP, deslocou-se para a Escola e ministrou palestras, objetivando sensibilizar os estudantes e professores para a função social do tributo, estimulando-os para o cumprimento voluntário das obrigações tributárias, criando condições para o desenvolvimento do espírito crítico no acompanhamento da aplicação dos recursos públicos.

36. Programa “Fazenda Vai à Praia”: trata-se de parceria com a CETESB, que realiza o Programa “Verão Limpo”; o trabalho consistiu no desenvolvimento de atividades lúdicas, que permitissem às crianças fixar alguns conceitos sobre tributos, gasto público e cidadania, de forma simples e agradável; em paralelo, foi organizada feira de produtos, apresentados alguns trabalhos realizados pelos alunos das escolas que participaram do projeto em edições passadas, uma amostra de materiais didáticos desenvolvidos por outros Estados e os materiais didáticos desenvolvidos pela Fazesp e outras entidades, utilizados por disseminadores.

37. O Curso de Disseminadores de Educação Fiscal é uma importante ferramenta na divulgação da Educação Fiscal. O curso é oferecido, gratuitamente, na modalidade a distância pela Escola Superior de Administração Fazendária – ESAF e coordenada pela Escola Fazendária do Estado de São Paulo – FAZESP. Esse curso já capacitou mais de 126 mil disseminadores e 2 mil tutores no período de 2004 a 2011 em todo o País. É aberto a todo cidadão, sendo oferecido semestralmente.

Tecnologias em Inclusão e Reabilitação – ReaTech –, seminários³⁸, o “Dia Nacional do Respeito ao Contribuinte”³⁹, comemorado em 25 de maio, o concurso “Destaque de Projetos Pedagógicos do Curso à Distância de Disseminadores de Educação Fiscal”⁴⁰, com quadro de alunos capacitados disponível no sítio da internet da Escola de Administração Fazendária – ESAF⁴¹, e o ciclo de formação de Conselheiros Municipais⁴², entre outras ações.

No que diz respeito aos resultados alcançados pelo Grupo de Educação Fiscal Estadual – GEFE/SP, é de se ponderar que:

Desde a sua criação, o grupo tem obtido crescente aumento de modalidade de atividades ofertadas, número de público atendido, reconhecimento e retorno positivo do trabalho realizado. Nos últimos três anos, de 2013 a 2015, foram realizados em conjunto pelo grupo mais de 120 ações/eventos de Educação fiscal. Além do aumento do número de atividades ofertadas, houve considerável diversificação nos tipos de ações, hoje oferecendo um “catálogo” com mais de 20 tipos de atividades diferentes. Nesse mesmo período o GEFE-SP atendeu diretamente mais de 70.000 cidadãos. O número de colaboradores diretos e indiretos do GEFE-SP teve também um aumento considerável desde a sua criação, contando hoje com uma vasta rede de colaboradores, distribuídos entre os mais diversos órgãos que o compõe e contando com a participação da sociedade civil e de entidades parceiras.⁴³

A Portaria Interministerial MF/MEC 413, de 31.12.2002, também previu a competência das Secretarias de Fazenda ou de Finanças dos Municípios

38. O Seminário de Educação Fiscal de São Paulo, realizado anualmente, reúne importantes conhecedores do assunto que, em suas palestras, abordam os temas do Programa Nacional Educação Fiscal.

39. O Dia Nacional de Respeito ao Contribuinte é uma data comemorativa na qual o GEFE/SP realiza atividades para disseminar a Educação Fiscal.

40. O GEFE/SP realiza anualmente o concurso “Destaque de Projetos Pedagógicos do Curso à Distância de Disseminadores de Educação Fiscal”. Nele são premiados os projetos pedagógicos que se destacaram no Curso de Disseminadores de Educação Fiscal.

41. Tabela de alunos capacitados no Curso de Disseminadores de Educação Fiscal entre 2002 e 2015. Disponível em: [www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/educacao-fiscal/pnef/pasta-def/def-mapa-brasil-ate-2015.pdf]. Acesso em: 29.08.2017.

42. O Grupo de Educação Fiscal Estadual – GEFE/SP participa do evento de capacitação de conselheiros municipais, ministrando palestras no evento Ciclo de Formação de Conselheiros Municipais.

43. CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, op. cit.

para institucionalizar os seus respectivos Grupos de Educação Fiscal Municipais – GEFM (art. 15, II).

Em 2015, a Prefeitura do Município de São Paulo elaborou cartilha de Educação Fiscal, com o objetivo de “levar à sociedade algumas informações sobre o Estado Brasileiro e o seu funcionamento, com o foco na cidadania (...), um dos pontos mais importantes do programa é esclarecer às pessoas qual é a função social do tributo”⁴⁴.

A relevância da temática foi também abordada em recente *Pesquisa sobre percepção da população em relação aos tributos e gastos públicos – Região Metropolitana de São Paulo*, do SEADE – Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados, relativa ao período de fevereiro a abril de 2016, em que se consignou:

Sonegar impostos é crime, previsto em lei; sabe-se, entretanto, que a sonegação fiscal é elevada no país; os impostos indiretos, embutidos nos produtos e serviços, dificultam a sonegação, mas, por outro lado, aqueles arrecadados por pessoas jurídicas muitas vezes não são repassados ao governo e no IR pode-se omitir informações; o período recente tem sido exemplar ao descortinar a sonegação e as denúncias de malversação do dinheiro público; seria de se esperar que a opinião sobre a existência de sonegação de impostos fosse mais contundente em relação à suposta cultura brasileira de fraude fiscal, porém o que se observa é a sobreposição daqueles que apontam que os impostos são muito altos e/ou se paga muito imposto (...), apesar de mais da metade dos respondentes (65,1%) acreditar que a qualidade dos serviços públicos depende da arrecadação dos tributos (45,1% concorda totalmente com a afirmação e 20,0% parcialmente), a maioria (91,3%) afirma que o governo não precisa aumentar os impostos para melhorar os serviços públicos (87,3% concorda totalmente); essas opiniões podem ser explicadas, ao menos em parte, pelas opiniões de que o governo tem recursos suficientes para manter os serviços públicos (86,3% dos respondentes), desperdiça muito dinheiro (94,5%) e gasta mais do que arrecada (72,5%), além de não saber em que áreas são aplicados os recursos arrecadados (86,0%); ademais, a sensação de falta de informações é alta, pois 78,7% discorda totalmente da afirmação que a população sabe em que áreas são aplicados os recursos arrecadados (...), levar à sociedade informações sobre os impostos existentes e como é feita a aplicação dos recursos públicos é primordial para a democracia, dentre outras coisas, pelo controle social que possibilita; as informações levantadas mostram uma população relativamente informada, mas com

44. Cartilha da Educação Fiscal da Prefeitura de São Paulo. Disponível em: [http://educacaoofiscal.prefeitura.sp.gov.br/wp-content/uploads/2015/08/cartilha_educacao_fiscal_web.pdf]. Acesso em: 29.08.2017.

defasagens nas informações sobre o quanto se paga e quem mais contribui; o que ocorre até mesmo entre aqueles que têm mais acesso à informação, como os mais escolarizados e com maior renda; além disso, é opinião geral de que não se sabe onde os recursos arrecadados são aplicados; a percepção dos valores dos impostos, considerados altos ou muito altos, é exemplar, pois foi apontada por um terço dos respondentes como um dos principais motivos de sonegação de impostos pela população (...).⁴⁵

5. CONCLUSÃO

É possível concluir, com todo o exposto, que a implantação de políticas públicas de Educação Fiscal, fomentada pela criação do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF, em coordenação federativa, por meio do trabalho descentralizado, articulado, compartilhado e multiplicador dos agentes governamentais envolvidos, com a participação ativa dos cidadãos, constitui mecanismo essencial no combate ao crime de sonegação fiscal por possibilitar o desenvolvimento de uma consciência crítica sobre a função socioeconômica do tributo e a responsabilidade fiscal de toda a sociedade, o fortalecimento da educação como mecanismo de transformação social, o exercício do controle social dos recursos públicos e o aumento da eficiência, da ética e da transparência do Estado e, a longo prazo, a obtenção do equilíbrio fiscal e a redução das desigualdades sociais, o que se harmoniza, por via de consequência, com a intervenção do Direito Penal na tutela da Ordem Tributária como *ultima ratio*, conforme deve prevalecer no Estado Social e Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENEVIDES, Maria Victoria. *A questão social no Brasil: os direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais*. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/militantes/mariavictoria/benevides_questao_br_dhesc.pdf]. Acesso em: 29.08.2017.
- BENFICA, Amanda Daniela; OLIVEIRA, Leônidas Meireles Mansur Muniz de. A (des)necessidade da tutela penal nos crimes de sonegação fiscal. In: RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SANTOS, Bartira Macedo Miranda; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de (Coord.). *Criminologias e política*

45. Pesquisa sobre percepção da população em relação aos tributos e gastos públicos Região Metropolitana de São Paulo. Disponível em: [www.educacaofiscal.sp.gov.br/pages/Noticias/Registro/Noticia_43.shtm]. Acesso em: 29.08.2017.

- criminal*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: [www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/23r885k0/dD3b8879qHlxDTtj.pdf]. Acesso em: 29.08.2017.
- BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaulo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Org.). *O direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras Editora, 2015.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaulo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- GOMES, LUIZ FLÁVIO; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania e classe social*. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial, 2002.

- RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SANTOS, Bartira Macedo Miranda; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de (Coord.) *Criminologias e política criminal: a (des)necessidade da tutela penal nos crimes de sonegação fiscal*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: [www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h-0tg/23r885k0/dD3b8879qHIXDTj.pdf]. Acesso em: 29.08.2017.
- SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Dimensões da cidadania. *Novos Direitos e Proteção da Cidadania – Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*, ano 2, jan.-jun. 2009.
- TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Estado de direito e fundamentalidade dos direitos humanos nos paradigmas liberal, social e democrático. *Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região*, n. 6, ano 17, jun. 2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A função social do tributo e o orçamento público como forma de implementação das políticas públicas, de Karina Brandão Alves de Castro e André Vitoriano da Silva – *RTrib* 121/227-258 (DTR\2015\2149); e
- Transparência e participação popular: dois lados da mesma moeda, de Jorge Bernardo Oliveira da Silva – *RT* 964/127-142 (DTR\2016\229).

AS RELAÇÕES ENTRE PUNIÇÃO E ESTRUTURA SOCIAL NO BRASIL: A PRÁTICA DE EXTERMÍNIO E O RACISMO COMO "MODO DE SER" DO SISTEMA PENAL

*THE RELATIONS BETWEEN PUNISHMENT AND SOCIAL STRUCTURE IN BRAZIL: THE
PRACTICE OF EXTERMINATION AND RACISM AS A WAY OF BEING OF THE PENAL SYSTEM*

RÔMULO FONSECA MORAIS

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA).
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará. Coordenador e Membro Fundador do Grupo
Cabano de Criminologia. Pesquisador do Centro de Estudos sobre Instituições e Dispositivos Punitivos
(CESIP) vinculado à UFPA. Colaborador do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA-Pará).
romulofmmiri@hotmail.com

Recebido em: 02.05.2017

Aprovado em: 06.06.2017

Última versão da autora: 28.06.2017

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: Partindo da hipótese de que todo sistema de produção em uma determinada estrutura social tende a descobrir formas punitivas que correspondam às suas relações, procuramos reinscrever a prática do extermínio dentro de um processo histórico em que o sistema penal brasileiro é estruturado pelo racismo. Nessa perspectiva, o racismo será analisado como um "modo de ser" do nosso sistema penal, e não uma variante. É a partir dessa premissa que tentaremos analisar as estreitas relações entre o extermínio como punição e a específica estrutura social erguida no Brasil. Nessa empreitada, a criminologia crítica será uma caixa de ferramentas estratégica a ser utilizada, uma vez que nos dará suporte (com seus métodos) para nos aproximarmos da parte mais sensível e escancarada por onde o extermínio se processa: o exercício do poder punitivo por meio do sistema penal.

ABSTRACT: Starting from the hypothesis that every production system in a given social structure tends to discover punitive forms that correspond to their relations, we seek to reinscribe the practice of extermination within a historical process in which the Brazilian criminal system is structured by racism. In this perspective, racism will be analyzed as it seems to be a "way of being" of our penal system and not a variant. It is from this premise that we will try to analyze the close relations between extermination as punishment and the specific social structure erected in Brazil. In this endeavor, critical criminology will be a strategic toolbox to be used, since it will support us (with its methods) to get closer to the most sensitive and wide-open part where extermination takes place: the exercise of punitive power through penal system.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema penal – Extermínio – Racismo – Punição.

KEYWORDS: Penal system – Extermination – Racism – Punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O extermínio como resultado das relações entre punição e estrutura social. 3. O racismo e a construção de uma arquitetura penal exterminadora. 4. A prática do extermínio por uma "estética da escravidão". 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

É assustador o número de pessoas mortas no Brasil, porém mais assustador ainda é verificar que, em quase todas as estatísticas e análises sobre morte violenta no País, os jovens negros ocupam um lugar de destaque. Para se ter uma ideia do massacre que atinge a juventude popular brasileira, os dados do Mapa da Violência (2014 – Os jovens no Brasil)¹ mostram que 556 mil cidadãos foram vítimas de homicídio no Brasil entre 2002 e 2012; desse total, mais de 303 mil eram jovens e mais de 215 mil eram jovens negros. Os dados demonstram, ainda, que as taxas de homicídio da juventude cresceram de forma brutal. Em relação ao incremento dos homicídios a partir dos 13 anos de idade, as taxas pulam de quatro homicídios por 100 mil para 75,0 na idade de 21 anos. A situação é tão alarmante que essa taxa de homicídios nessa faixa jovem não consegue ser alcançada nem em países que se encontram em conflito armado. A taxa de homicídios de jovens corresponde a 53,4% do total de homicídios do País, que no ano de 2014 atingiu a triste marca de 59.627 mortos, segundo o estudo² mais recente realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

No entanto, não podemos ficar presos a uma abordagem sobre o extermínio restrita aos números estatísticos de relatórios. Para irmos além desses dados, é imprescindível, antes de tudo, explicitar brevemente como concebemos o extermínio. A prática do extermínio aqui nos traz uma imposição de pensamento que vai muito além da sua significação literal trazida pelos dicionários. Mais do que o ato ou efeito de exterminar, destruir, aniquilar, banir, eliminar com

1. WASELFISZ, Julio Jacob. *Mapa da violência 2014: Os jovens do Brasil*. Rio de Janeiro: CEBELA-FLACSO, 2014. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf]. Acesso em: 24.11.2014.

2. Esses são os recentes dados do *Atlas da violência 2016*, publicado em março de 2016 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

a morte, eliminar matando, ele constitui-se em um processo político e social complexo, ou “(...) um fenômeno e um processo social de alta complexidade, politicamente muito fortes e juridicamente muito fracos”.³

Percebemos que mais do que um conjunto de mortes (ato direto ou indireto de “matar alguém”, assim tipificado pela lei penal), que inflacionam as estatísticas de mortalidade no Brasil, o extermínio, enquanto processo social, possui uma dinâmica diferenciada em relação ao homicídio.⁴ Quando comparado com o homicídio/assassinato, vamos perceber que o extermínio, embora seja uma das causas de morte, se realiza e se legitima de outras maneiras e traz consequências totalmente diferenciadas do simples ato de tirar a vida de um ou vários indivíduos. Nas sendas de Minayo e Cruz Neto,⁵ entender o que seria o extermínio requer não só uma problematização e qualificação sociopolítica dos atos (chacinas, execuções sumárias, assassinatos em massa etc.) cotidianamente vivenciados na sociedade brasileira, como também uma crítica a pretensões muitas das vezes ingênuas e simplistas que, por um lado, analisam e encaram esses atos e essa perversa realidade dentro de uma perspectiva alarmante que influenciam no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil; e, por outro lado, tratam a questão das mortes em massa como ações restritas dos assim chamados “grupos de extermínio”.

O extermínio possui um caráter político forte (só podemos compreendê-lo a partir de uma análise sociopolítica e cultural, por isso lançar mão do referencial crítico criminológico) e um caráter jurídico bastante fraco (quando tratado juridicamente como sinônimo de homicídio ou causa de morte), uma vez que “(...) a vítima e o exterminador são de natureza coletiva, como não acontece no homicídio, e a lei, ao julgá-los, se coloca acima das leis positivas”.⁶ Os executores e responsáveis diretos (como polícia, grupos de extermínio, grupos paramilitares, esquadrões da morte etc.), que quase sempre são os grandes alvos dos movimentos e pessoas que lutam pela vida, apenas executam uma sentença já pronunciada e legitimada por diversos segmentos da sociedade e pela ação/omissão do próprio Estado brasileiro.

A partir do seu forte conteúdo sociopolítico, é necessário, então, um esforço para analisar o extermínio dentro de realidades ditas democráticas, como

3. CRUZNETO, Otávio; MINAYO, Maria Cecília de S. Extermínio: violentação e banalização da vida. *Cad. Saúde Pública* [on-line], v. 10, 1994. p. 199.

4. Idem.

5. Ibidem, p. 199-212.

6. CRUZNETO, Otávio; MINAYO, Maria Cecília de S. Extermínio: violentação e banalização da vida. *Cad. Saúde Pública* [on-line], v. 10, p. 199-212, 1994.

a brasileira, onde nem formalmente e nem declaradamente se posiciona como regime de exceção ou totalitário.⁷ Isso nos exige aprofundamento e adequação teórica para que o conceito de extermínio não seja usado metaforicamente, o que nos obriga a recorrer para a abordagem das matrizes autoritárias da formação sociopolítica e cultural brasileira, em que o extermínio é exercido legitimado pelo racismo.⁸ Essa constatação nos força a pensar e refletir além da quantificação do número de mortos.

Começamos a nos deparar com a complexidade desse processo social no Brasil quando as estatísticas mostram um colossal número de pessoas da mesma extração social, faixa etária e etnia sendo cotidianamente aniquiladas. A juventude negra, ou quase negra de tão pobre, tem feito parte de mais da metade do número de mortos todos os anos no Brasil. A partir desse contexto, é praticamente inevitável não problematizarmos a prática do extermínio cotidiano contra esse segmento da população. A parte mais visível dessa prática de extermínio pode ser constatada na atuação do sistema penal, principalmente na intensa criminalização da juventude no atual estágio do neoliberalismo, seja no seu encarceramento em massa (extermínio indireto), seja no seu extermínio direto.

É diante da tragédia cotidiana que a criminologia crítica⁹ se coloca como uma caixa de ferramentas estratégica a ser utilizada. É a criminologia crítica

7. Entende aqui o regime totalitário ou totalitarismo como um movimento de massas, de tendência centralizadora, conduzido autoritariamente por uma minoria política por meio do monopólio da autoridade e do Estado. O totalitarismo realiza a expansão do controle governamental sobre a globalidade da vida social. Ver: CRUZNETO, Otávio; MINAYO, Maria Cecília de S. Extermínio: violentação e banalização da vida. *Cad. Saúde Pública* [on-line], v.10, p. 199-212, 1994.

8. Idem.

9. Aqui trabalharemos principalmente com o corpo de pensamento da “criminologia crítica” (e sua incorporação periférica feita por Eugenio Raúl Zaffaroni e Vera Malaguti Batista), mas vamos partir daquele sentido inicial dado por Alessandro Baratta, em que o desvio é tomado como uma construção social, não sendo uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados indivíduos (como concebido pela criminologia tradicional), mas se configura como *status* atribuído a determinados indivíduos mediante a seleção de bens e comportamentos ofensivos a eles; e a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que violam as normas penalmente sancionadas. Mais do que uma oposição à criminologia tradicional e o seu paradigma etiológico (que procurava explicar as causas da criminalidade, tratando o desvio como algo ontológico), o enfoque da criminologia crítica se sustenta no paradigma da reação social que coloca os órgãos do sistema penal e o direito penal como objetos de análise, como dispositivos de reflexão a partir de uma visão macrosociológica proporcionada pelo materialismo histórico. A criminologia crítica então seria

que vai dar suporte para nos aproximarmos da parte mais sensível e escancarada por onde o extermínio se processa: o exercício do poder punitivo por meio do sistema penal. Afinal, é por meio do sistema penal que o extermínio se mostra de forma mais evidente. Uma problematização amparada nos pressupostos/ferramentas/métodos da criminologia crítica em nosso país aponta para um exercício de poder punitivo explicitamente voltado para o extermínio dos segmentos que são alvos de suas ações. Entre os alvos preferenciais encontramos a juventude negra.

Porém, as qualificadas ferramentas da criminologia crítica somente nos colocarão a par da problemática do extermínio da juventude popular no Brasil se forem empregadas de forma crítica, sustentando-se em um fazer genealógico e em um olhar marginal que possa entender a dinâmica do exercício do poder punitivo em países periféricos como o Brasil. É nessa crítica que podemos perceber o racismo e a morte como características estruturais do sistema penal brasileiro. Um sistema explicitamente direcionado ao cumprimento de funções específicas dentro de uma estrutura social rígida, hierarquizada e excludente.

A partir dessa problematização e desse olhar crítico criminológico, procuramos discutir a prática de extermínio, legitimada pelo racismo, por meio de uma abordagem “propriamente histórica”,¹⁰ seguindo os atalhos de Georg Rusche¹¹, que busca explicar a introdução de certos métodos de punição no interior da totalidade do processo social. Para ele uma análise profícua dos sistemas penais nos obriga, antes de tudo, a despir a instituição social da pena de seu viés ideológico e de seu escopo jurídico, trabalhando essa instituição a

um movimento que, longe de uma concepção homogênea no pensamento criminológico, coloca em prática a construção de uma teoria materialista (econômico-política) do desvio e da criminalização que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo, sem ignorar a problemática que subsiste entre criminologia e marxismo, bem assim a consciência de que essa construção teórica não pode se limitar somente a uma interpretação dos textos marxianos, devendo lançar mão dos profícuos trabalhos de observação empírica que muitas das vezes foram elaborados em contextos teóricos diversos do marxismo. Enfim, com essa concepção procura-se historicizar a realidade comportamental do desvio e captar a relação (dis) funcional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações sociais de produção e distribuição. Esse é principalmente o salto qualitativo que se dá com essa concepção de criminologia, segundo Baratta. Para mais detalhes: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 159-170.

10. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004. p. 17.

11. Ibidem, p. 17-18.

partir de suas efetivas funções/relações em um determinado contexto histórico específico.¹² A partir dessas lições, a pena, além de precisar ser entendida como um fenômeno não necessariamente vinculado à concepção jurídica e aos seus fins sociais, não pode ser encarada como com um dado natural ou simples consequência do delito: “a pena como tal não existe, existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas”.¹³

É nesse sentido que a prática do extermínio, como pena e decorrência do exercício do poder punitivo, vai ser problematizada a partir da análise das matrizes de nosso sistema penal. Aquele atalho entre “punição e estrutura social”, de que Georg Rusche nos fala, será utilizado para tentar captar as especificidades do ajustamento do desenvolvimento dos processos econômicos com a segregação e hierarquização social no contexto periférico brasileiro.

A partir desses aportes procuramos reinscrever a prática do extermínio dentro de um processo histórico estruturado pelo racismo (de um “presente histórico”), seguindo os ensinamentos que buscam explicar a introdução de certos métodos de punição para atender às demandas por ordem do capitalismo e da respectiva estrutura social.

A nossa hipótese é de que a prática do extermínio, assim como a punição pelo encarceramento, se insere naquela estratégia em que todo sistema de produção em uma determinada estrutura social tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações. Essa prática, em nosso contexto periférico, se implica com métodos punitivos e só pode ser apreendida se recolocada como técnica que tem sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder ligados à nossa formação social e à forma da incorporação de nosso país ao capitalismo. É a partir dessa constatação que procuramos traçar historicamente um mapa das estreitas relações entre o extermínio como punição e a específica estrutura social erguida no Brasil. Uma de nossas hipóteses é que a prática de extermínio é um elemento intrínseco das relações entre punição e estrutura social.

2. O EXTERMÍNIO COMO RESULTADO DAS RELAÇÕES ENTRE PUNIÇÃO E ESTRUTURA SOCIAL

Quando analisamos as práticas do sistema penal brasileiro, percebemos não somente uma espécie de ideologia racista, um arcabouço de pensamento ligado

12. Ibidem, p. 19.

13. Idem.

a mentalidades e ideologias, sustentando seu poder punitivo contra os indivíduos de cor, mas principalmente um sistema estratégico e essencialmente voltado para o controle social exterminador da população negra. O racismo nos parece um modo de ser do nosso sistema penal,¹⁴ e não uma variante. Racismo e sistema penal no Brasil não parecem apenas manter relações, mas constituírem-se. É nesse sentido que a prática do extermínio, decorrente do exercício do poder punitivo, precisa ser discutida a partir da análise das matrizes do sistema penal brasileiro.

O extermínio inserido nas práticas do sistema penal e incrustado no pensamento jurídico e social brasileiro (os juristas e sociólogos estão aos montes gerenciando a violência e a morte) é problematizado no presente pela recuperação do processo histórico, vislumbrando hoje aspectos do passado (presente histórico).¹⁵

Nesse processo histórico, a prática de extermínio (ou “guerra de extermínio”, como nos fala Darcy Ribeiro¹⁶), que foi colocada em funcionamento com a máquina de destruição de índios e negros (ou o “moinho de gastar gente”) há 500 anos, continua a todo vapor e se consolidou como símbolo máximo do controle social punitivo exercido pelos órgãos do sistema penal brasileiro na contemporaneidade, tendo como alvo principal a juventude negra.

Da colonização à grande hegemonia do capital com o neoliberalismo, passando pelo escravismo, a prática de extermínio é uma constante, acompanha a nossa triste e sangrenta história, é uma característica intrínseca do “progresso” histórico brasileiro. Não é à toa que Nilo Batista vai perceber que a nossa aclamada República foi fundada por uma chacina: o massacre de Canudos.

É Nilo Batista, essa voz de dentro do direito penal (das trincheiras), que faz um importante resgate de conteúdos históricos imprescindíveis ao conhecimento do sistema penal brasileiro. Seu esforço de interpretar nossa questão criminal a partir das matrizes do sistema penal que se estruturou na margem brasileira é de uma importância imensurável para entender a prática de

14. DUARTE, E. C. P.; COSTA, P. H. A. A Hipótese Colonial, um diálogo com Michel Foucault: a Modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre Racismo e Sistema Penal. *Universitas Jus*, v. 27, 2016.

15. NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, ago. 2007.

16. RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

extermínio como punição. O interesse de Nilo Batista¹⁷ pelos fundamentos políticos e pelas racionalizações teóricas dos sistemas penais estruturados basicamente no controle da escravatura negra, tanto na empresa colonial quanto após a independência, decorria diretamente de seus desassossegos diante da atuação do sistema penal contemporâneo no Brasil. Ao trabalhar com o sistema penal que se ergueu a partir da segunda metade do século XX no Brasil, ele percebeu certas funções “dissimuladas” de controle pelo extermínio da massa urbana miserabilizada que não podiam ser compreendidas pela simples necessidade de reafirmação da ordem legal contra o “crime”.

Nilo Batista, então, vai nos abrir caminhos para verificarmos as matrizes do nosso extermínio cotidiano tanto naquelas “matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro”¹⁸ quanto naquela “história da programação criminalizante”¹⁹ dos “sistemas penais brasileiros”. Os conteúdos históricos resgatados por ele nos mostram as matrizes ibéricas das penas corporais com ferro quente e açoites publicamente executadas por um poder patriarcal doméstico, que mais tarde serão largamente utilizadas contra os escravos no Brasil²⁰, e que perduram até hoje nas cotidianas intervenções dos órgãos do sistema penal; a matriz ibérica da continuidade público-privado,²¹ muito utilizada no controle penal da escravidão – que se alargou no Brasil principalmente a partir do século XIX –, e de uma “diferenciação penal”, penas aplicadas de acordo com a classe e origem social de autores e vítimas.²² O extermínio se entrelaça com as práticas de controle punitivo, ele banha nosso sistema penal, e não nos espantamos quando percebemos que nossa questão criminal é banhada de sangue. Era inevitável, parafraseando Nilo Batista,²³ que o sistema penal, o maior gestor histórico da morte, tratasse de incorporar o extermínio.

17. BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.p. 15.

18. Idem.

19. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

20. BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002, p. 52.

21. BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002. p. 126-128.

22. Ibidem, p. 128-130.

23. BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do sistema penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

Mas esse entrelaçamento não se dá por acaso, o fio da meada está naquele engenhoso olhar de Georg Rusche,²⁴ que conseguiu decifrar as intrínsecas relações entre punição e estrutura social, que captou as estreitas relações do mercantilismo com a pena de galés e degredo, da prisão com a fábrica, da acumulação de capital com os sistemas penais, enfim, dos sistemas de produção que tendem a descobrir punições que correspondam às suas relações de produção. As mudanças na forma da pena ou na maneira de punir estão associadas aos rumos tomado pelo capital e à estrutura social montada para garantir esses novos rumos. Afinal, já vimos que é dessas “referências essenciais”²⁵ que Foucault se apropria para fazer a genealogia da prisão em “vigiar e punir”.

Não é à toa que Nilo Batista, assumindo certos riscos, faz questão de dividir e descrever os três sistemas penais que antecederam o “sistema penal do capitalismo tardio” no Brasil para entender seus movimentos e estratégias atuais. A divisão dos sistemas penais em colonial-mercantilista, imperial-escravista, republicano-positivista e o do capitalismo tardio entra na mesma “mordida crítica” que procura analisar as tramas existentes entre o processo econômico-social e o “estilo penal”²⁶ que se adota em uma determinada época. Se no sistema colonial-mercantilista observamos a transformação do Brasil em uma grande “instituição de sequestro” (incorporado geograficamente aos usos punitivos do mercantilismo como colônia penal²⁷), em que o poder punitivo vai ser exercido tanto pelo deslocamento físico compulsório e emprego coercitivo de mão de obra com as galés quanto no corpo de sua clientela e realizado dentro

24. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

25. Para Gizlene Neder, a “punição e estrutura social” deu mais do que referências bibliográficas essenciais para Foucault em “vigiar e punir”, “deu-lhe as idéias-chave para pensar a questão da disciplina e das tecnologias de controle social” (NEDER, Gizlene. Nota introdutória à edição brasileira. In: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004).

26. Nilo Batista toma esse termo de Foucault para falar das diferentes maneiras de punir ou das diferentes maneiras da pena.

27. Segundo Nilo Batista, é aqui nesse sistema que podemos observar a funcionalidade da pena de degredo para o empreendimento colonialista, na ocupação do território. As galés entraram nessa funcionalidade para atender a outras “necessidades de mão de obra” (BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. Aula inaugural da Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 12 de março de 2001. BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de(Org.). *Verso e reverso dos sistema penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 147-158).

da unidade de produção; com o surgimento do sistema imperial-escravista, assentado principalmente na estrutura do escravismo e num sistema agroexportador, observamos – além da manutenção da corporalidade da punição, materializada na intervenção física que impõe dor, mutilação e morte no corpo do acusado²⁸ – a recepção desse poder punitivo privado do empreendimento escravista pelas normas, dando ensejo a uma continuidade, agora prevista em lei,²⁹ entre o castigo público e o castigo doméstico, entre a pena pública e o escravismo, numa dinâmica ambígua em que os escravos eram considerados coisas para o direito privado e pessoas para o direito penal.³⁰

Temos aqui um exercício de poder penal que decorria diretamente da propriedade,³¹ e que, apesar da sua institucionalização/regulamentação normativa, “[...] quer exerce-se, à imagem dos fundamentos institucionais da escravidão, sem regras expressas, ou com poucas regras, e bem elásticas”.³² As maiores contradições desse sistema penal vinham da sua adesão ao discurso jurídico-penal iluminista e seus embaraços com a estrutura do escravismo, o que nos remete àquelas “ideias fora do lugar” de Roberto Schwarz.³³ Nilo Batista³⁴ observa que a pena pública (legitimada pelo direito penal e aplicável aos escravos) conviveu no império brasileiro concomitantemente com a pena privada decorrente das relações escravistas. A articulação dessas duas penas construiu uma dinâmica perversa que perdura até os dias atuais. Cotidianamente, ainda é muito viva a corporalidade da intervenção penal. Por métodos similares ao tronco, à palmatória, aos açoites, às mutilações etc., a corporalidade continua sendo exercida e legitimada descaradamente em concomitância com a intervenção

28. BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 1997. p. 145.

29. Nilo Batista observou que o Código Criminal de 1830 colocava o senhor, inclusive, como órgão de execução penal. Ver: BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. *Capítulo Criminológico*, v. 34, n. 3, jul.-sept. 2006. p. 297.

30. BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. *Capítulo Criminológico*, v. 34, n. 3, jul.-sept. 2006. p. 289.

31. BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 1997. p. 146.

32. BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. *Capítulo Criminológico*, v. 34, n. 3, jul.-sept. 2006. p. 289.

33. SCHWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar: ensaios selecionados*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2014.

34. BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. *Capítulo Criminológico*, v. 34, n. 3, jul.-sept. 2006. p. 279-321.

penal “legal” ou pública. É nessas brechas da história que podemos entender o exercício de poder punitivo exercido ao largo de qualquer fundamento legal, por onde vai passar e se naturalizar entre nós a tortura e o extermínio levado a cabo, principalmente, por agentes do próprio Estado.

Já o sistema republicano-positivista, erguido sobre os escombros da escravidão, surge em meio ao início da lenta e demorada industrialização em que a pena privativa de liberdade se generaliza, mas no Brasil era preciso administrar uma ordem rigidamente hierarquizada, e daí não se poderia renunciar à intervenção física corporal (que, naquele momento, vai continuar sendo exercida legalmente com banimentos e deportações ou nos porões das dependências policiais³⁵). Nesse regime, a simples aplicação do princípio da legalidade não daria conta das crescentes massas urbanas formadas por homens livres e ex-escravos, é aí que entra o papel fundamental do positivismo criminológico para legitimar o controle sócio-penal, atestando a periculosidade, acumulando novas justificativas (ressocialização) e novos discursos punitivos, aprofundando o racismo contra o negro³⁶ para a reprodução e manutenção da nova ordem econômico-social que se impõe.

Nas entranhas das análises de Vera Malaguti Batista, percebemos sua inquietude com o positivismo criminológico, com sua permanência histórica no pensamento social brasileiro, no direito penal, na criminologia e nas ciências sociais. Para ela, o entranhamento desse saber em nossa formação social constitui-se numa cultura³⁷. A incorporação desse saber entre nós fez com que o racismo inventado na colonização se transformasse em discurso científico a partir do século XIX³⁸. Esse discurso científico, com a formulação dos seus conceitos de degenerescência e atavismo, irá fornecer as bases para a justificação e continuação dos extermínios, principalmente contra o segmento negro no Brasil (as “classes perigosas”). Essa didática e às vezes ingênua (para os que tratam a história com ingenuidade, é claro) divisão histórica não vêm apenas mostrar acidamente essa simbiose dolorosa entre punição e estrutura social,

35. BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do sistema penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 147-158.

36. Isso será visto com mais detalhes no segundo capítulo quando formos tratar do racismo contra o negro como justificador do extermínio e do seu aprofundamento a partir do discurso científico, o biopoder na periferia.

37. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 41.

38. Idem.

que ressoa no presente histórico brasileiro – dando um nó na cabeça daqueles que se limitam a estudar o controle penal seguindo os passos dos textos legais, ou daqueles que buscam entender as formas punitivas e os fundamentos da pena apenas no estudo do que diziam os iluministas e seus adeptos –, mas também nos mostrar todos os acúmulos de discursos punitivos, racistas, de matrizes e permanências de longa duração que vazam pela história do presente e estruturam o sistema penal brasileiro do capitalismo tardio. Aliás, desses acúmulos, a prática do extermínio nos parece ser a marca mais profunda de nossa brasilidade e de nosso racismo estrutural, ressoando pelos interstícios da história e desaguando na modernidade brasileira como uma necessidade intrínseca na manutenção da ordem no capitalismo de barbárie. Afinal, um regime (ou uma nova razão governamental, como diria Foucault, se referindo ao neoliberalismo) que produz intensamente insegurança econômica, marginalizações sociais,³⁹ uma imensa quantidade de coisas/pessoas obsoletas e descartáveis, só poderia gerir um sistema penal intensamente repressivo e exterminador, no qual o descarte e o massacre tornam-se elementos essenciais para a sua reprodução.

Como prática incorporada e intrínseca ao exercício de poder do sistema penal no presente, o extermínio é concebido como “permanência histórico-cultural de longa duração”, dentro daquelas preocupações de Gizlene Neder⁴⁰ com a história das ideias políticas e do poder, em que as ideias jurídico-políticas e a arquitetura institucional que as suportam (os órgãos de controle do sistema penal) são analisadas tendo como pano de fundo as questões relacionadas com a criminalização e, mais especificamente, com o controle social mortífero.

A partir dos pontos de contato entre as posições de Foucault e Rusche, Gizlene Neder nos mostra as raízes ibéricas da formação de um arbitrário “controle penal-policial absoluto” que ainda hoje persiste nas práticas dos operadores das instituições de controle social e na formação ideológica brasileira. Mesmo com a penetração e apropriação de ideais e propostas iluministas no Brasil em fins do século XIX, que defendiam a pena pública e compatível com a natureza e gravidade do crime, a organização social e política que fundamentava as práticas jurídico-penais em nossa formação social não foram

39. O Professor Jean François Deluchey, em seus cursos e disciplinas ministradas no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal do Pará, tem procurado pensar sobre as formas como o dispositivo jurídico-penal tem (re)produzido essas marginalizações, principalmente no contexto atual do neoliberalismo.

40. NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

alteradas.⁴¹ Destacamos nessa conjuntura as ambiguidades do Código Penal de 1890, que, ao pretender colocar o Brasil no rol dos países civilizados, privilegiou, ao contrário, a “exemplaridade da punição”,⁴² não por acaso logo após a abolição da escravidão. Nas precisas palavras de Gizlene Neder:

A criminalização da capoeiragem, associada à vadiagem, adquiriu, assim, fortes conotações políticas ideológicas, que devem ser remontadas ao “me-do branco”, diante do fim da escravidão e da forma anteriormente adotada de controle social (exercido diretamente pelos senhores e seus capatazes). Desde a abolição da escravidão (1888), a questão do controle e disciplinamento da massa de ex-escravos delimitou a extensão e a forma da reforma republicana no Brasil.⁴³

O autoritarismo e o violento processo de controle social que vivenciamos até hoje são permanências de longa duração que podem ser compreendidas a partir da análise das “[...] formas de controle social e disciplinamento que combinou aspectos da penologia moderna, liberal, inspirados em Beccaria, com a escravidão e suas formas múltiplas de controle e punição”.⁴⁴

A intensa atuação dos “sistemas penais paralelos e subterrâneos”⁴⁵ no Brasil – que exercem o poder punitivo à margem da legalidade e das regras do sistema formal, e que institucionaliza o extermínio – pode ser compreendida, em parte, pelos efeitos perversos das raízes históricas do nosso direito penal e dessa simbiose (direito penal/pena/escravismo) nas práticas e discursos que sustentam até hoje o controle social no Brasil.

Vera Regina Pereira de Andrade⁴⁶ vai observar que nas sociedades latino-americanas como a brasileira – em que vigora uma secular tradição de maus-tratos, tortura e extermínio como mecanismos de controle social –, mesmo quando a pena é declarada pública-estatal, a pena privada (exercida geralmente

41. NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 165.

42. NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 178.

43. Idem.

44. Ibidem, p. 168.

45. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.p. 69-70.

46. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 107.

sobre os corpos negros de sempre) é exercida subterraneamente “[...] por meio do exercício arbitrário de poder, por atores e espaços privatizados e domesticados, completamente subtraída do controle publicamente declarado”. A lógica da punição entra em simbiose com uma lógica genocida, fazendo com que vigore uma complexa combinação ou interação entre um controle penal formal (pena pública de prisão e perda da liberdade) e um controle penal informal ou subterrâneo (pena privada de morte e perda da vida).⁴⁷

Apreender essas estreitas relações e contornos nos coloca diante da “[...] presença secular da violência nas relações microscópicas de uma formação histórico-social que é apresentada como cordial pelas mitologias que constroem o suposto ‘caráter nacional brasileiro’”.⁴⁸ É por meio das microrrelações cotidianas dos romances de Machado de Assis que Roberto Schwarz decifra “o sentido histórico da crueldade” de nossa formação social, carregada da ambiguidade e contradição provocada pelo contato entre os alicerces do iluminismo e dos direitos humanos com uma ordem patrimonialista, autoritária e escravocrata, em que até mesmo o valor das pessoas “livres” (o escravo já nem figurava como pessoa, a não ser para o direito penal) depende do capricho das classes dominantes, dos membros das famílias de posse, do reconhecimento arbitrário e humilhante de algum proprietário. A insensibilidade da sociedade brasileira e a convivência/legitimação com a brutalidade das violências exercidas contra os indivíduos de cor para nós estão inseridas dentro deste “sentido histórico da crueldade”, em que Roberto Schwarz⁴⁹ percebe que “a recorrência subjetiva da barbárie é o preço da reassertão do arbítrio escravista e clientelista em pleno século liberal, reassertão que nada tem de extraordinário, e faz parte da necessidade e rotina da vida brasileira”.⁵⁰ E quem duvida que o extermínio da juventude negra na contemporaneidade, provocado pelo exercício do poder punitivo, e a explicação/justificação/legitimação desse processo pelos mais diversos saberes (muitos ancorados no positivismo) não fazem parte daquela “adesão subjetiva à barbárie”, observada por Vera Malaguti Batista. A propósito, ela é quem vai nos convocar a traçar um mapa que demonstra coincidência territorial entre a atuação dos saberes “funcionalistas” (como a “sociologia

47. Ibidem, p. 106.

48. NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 16.

49. SCHWARZ, Roberto. O sentido histórico da crueldade. *As ideias fora do lugar: ensaios selecionados*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2014. p. 75.

50. Ibidem, p. 75.

funcionalista”, que atualiza os preceitos etiológicos do positivismo, oferecendo a comprovação científica das relações entre pobreza, crime e violência) e o aumento do extermínio.⁵¹

A brutalidade do sistema penal brasileiro na contemporaneidade, em que a morte em massa é uma constante, nos deixa sinais da predominância de um “presente histórico”, em que podemos perceber que “pouco dessa história ‘foi’, quase tudo ainda ‘é’”.⁵²

A prática do extermínio presente no acontecer social também nos revela aspectos de outras permanências histórico-culturais, como o racismo e o positivismo criminológico como discursos legitimantes, permitindo “[...] a recuperação da dimensão estrutural que possui a violência na formação histórico brasileira”.⁵³ Essa recuperação é que nos ajuda a delinear os contornos do extermínio e sua estreita relação com o racismo contra o segmento negro (discurso legitimador). Um racismo que vai não só estruturar, mas também aprofundar o caráter estrutural da violência inerente ao exercício de poder do sistema punitivo. O racismo é um componente constitutivo da estrutura social que imprime especificidades ao controle sócio-penal, é o ponto nevrálgico do implacável “moinho de gastar gente”, moinho de gastar gente jovem de pele escura.

3. O RACISMO E A CONSTRUÇÃO DE UMA ARQUITETURA PENAL EXTERMINADORA

Nas “veias abertas” por essas matrizes e conteúdos históricos, Ana Luiza Flauzina⁵⁴ vai se apropriar da crítica criminológica para desvelar um projeto genocida do Estado brasileiro contra a população negra, ancorado em várias dimensões da atuação institucional, mas que no exercício do controle punitivo adquire um caráter escancaradamente racista. Para ela, a blindagem erguida pelo discurso da “democracia racial”⁵⁵, que tenta preservar a inscrição do racismo

51. BATISTA, Vera M. Adesão subjetiva à barbárie. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 309.

52. BATISTA, Nilo. Prefácio. In: BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 10.

53. NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 16.

54. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

55. O discurso da “democracia racial” que se difundiu no Brasil a partir da primeira metade do século XX é a espinha dorsal do mito da harmonia entre as “raças” no Brasil. Tal

nas práticas institucionais, não conseguiu assegurar esse mesmo objetivo na atuação do sistema penal. Nas trilhas abertas por Nilo Batista, Ana Luiza Flauzina vai perceber na análise histórica da estruturação do sistema penal brasileiro pelo racismo contra o segmento negro um “casamento incestuoso” que carrega em grande medida permanências do empreendimento escravocrata. Sua empreitada, então, não só toma o “instrumental qualificado” da criminologia como ponto de partida para nos mostrar esse projeto genocida, como também percebe nesse corpo de pensamento um potencial subaproveitado por não assumir o racismo como “variável substantiva”⁵⁶ na constituição do sistema penal brasileiro. É nesse ponto que ela vai reivindicar que a crítica criminológica tome o racismo como categoria substantiva na estruturação desse sistema, para que possa dar conta da pauta exterminadora do Estado brasileiro contra o segmento negro.

No Brasil, a constatação de que o sistema de controle punitivo tem como alvo preferencial o segmento negro não pode ser reduzida ao fato de que a população negra é, em sua grande maioria, pobre, mas também deve levar em consideração que o nosso sistema é um dispositivo estruturado, num primeiro plano, para pessoas negras e por conta disso terá como objeto principal a corporalidade, a produção de dor física e a morte. O racismo é essencial para mostrar em definitivo que o extermínio decorrente do funcionamento do sistema penal é estrutural, intrínseco ao seu exercício.

O racismo, então, não deixa de ser até hoje um conteúdo histórico sepultado, mascarado em coerências funcionais ou em sistematizações formais decorrentes inclusive do saber criminológico de viés crítico-marxista. A crítica

discurso refletiria a dinâmica das relações na sociedade brasileira, em que pretos e brancos convivem harmoniosamente, desfrutando de iguais oportunidades de existência, sem nenhuma interferência nesse jogo de paridade social das origens raciais ou étnicas. Esse mito da “democracia racial” não se sustenta com o mais leve toque com a realidade dos afro-brasileiros que vivenciam uma efetiva discriminação; mesmo onde constituem a maioria da população, eles existem como minoria econômica, cultural e nos negócios políticos. Nesse sentido, ver: NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 41-42.

56. É imprescindível que a crítica criminológica aborde o controle punitivo seletivo que vem produzindo mortes em massa no Brasil, não apenas a partir da categoria classe, secundarizando a categoria raça. O racismo não pode ser usado apenas como variável tangencial e ilustrativa das assimetrias do sistema penal (indicando práticas discriminatórias do sistema), pois atua como um sistema de opressão que antecede e se distingue da opressão classista. Mesmo nos processos de criminalização e extermínio de segmentos que não se adéquam à lógica do mercado no capitalismo neoliberal, por exemplo, percebemos que o racismo é determinante na materialização dos alvos desses processos no Brasil.

genealógica, de que nos fala Foucault, tem o papel de fazer reaparecer esse conteúdo histórico imprescindível para a criminologia crítica brasileira, na medida em que o racismo é uma “categoria fundante”⁵⁷ de nosso sistema penal.

É nesse ponto que o extermínio como marco do sistema penal brasileiro não é um fato negativo, assim como a barbárie do capitalismo atual, mas um elemento positivo, configurador, intrínseco às estruturas de um sistema penal público/privado estruturado em bases escravistas e no racismo contra os negros e povos nativos. O racismo é estrutural e estruturante de nosso sistema penal, por isso o extermínio também é seu elemento configurador. Uma coisa que aprendemos com Foucault⁵⁸ é que só se lança mão do racismo em ocasiões em que a morte é requerida, necessária. A colonização é, então, esse momento crucial para o início do “moinho de gastar gente” que permanece entre nós.

O racismo, então, não deixa de ser fundamental dentro daquela perspectiva que aprendemos com Eugenio Raúl Zaffaroni, de que o extermínio ou massacre necessita sempre de um discurso que o legitime/justifique.

A prática do extermínio necessita de uma visão peculiar do “outro”, em que o “outro” é a diferença, mas é também a má diferença,⁵⁹ que precisa não só ser tratado como estranho, mas também com negação, “[...] exterminam-se os outros porque eles são absolutamente maus”.⁶⁰ É do racismo que se lança mão para produzir o “outro”, para desqualificá-lo, torná-lo mau e, conseqüentemente, exterminável. Baseado no conceito de “racismo” dado pela “Declaração sobre a Raça e os preconceitos raciais” (Organização das Nações Unidas, 1978), Ana Luiza Flauzina⁶¹ aponta que o racismo serve como forma de catalogação dos indivíduos, afastando-os ou aproximando-os do sentido de humanidade de acordo com as características raciais. Esse aspecto é que faz dele uma das justificativas mais recorrentes para o extermínio e em toda sorte de vilipêndios materiais e simbólicos que tenham por objetivo violar a integridade de determinados

57. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

58. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

59. Pierre Clastres faz a mesma comparação entre genocídio e etnocídio. Ver: CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

60. Idem.

61. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

segmentos sociais. A compreensão do extermínio da juventude negra brasileira na contemporaneidade, por exemplo, requer a exploração dessas trilhas e atalhos. Com essas matrizes de nosso sistema penal estruturalmente racista podemos entender a dinâmica do extermínio da juventude dentro da atual etapa do capitalismo neoliberal de barbárie, uma vez que o poder punitivo vem tentar dar conta desse grande contingente de jovens que não cabem nas formas como o capital tem se reproduzido. Se, para Wacquant,⁶² “a polícia socorre os ‘jovens com dificuldades de inserção’” nos países centrais, no contexto periférico brasileiro o sistema penal como um todo vai ser fortemente impulsionado a cumprir o papel exterminador para dar conta do imenso contingente de jovens negros que jamais poderão se inserir ou ser inseridos no mercado. Cecília Coimbra e Maria Lívia do Nascimento observam que no capitalismo liberal os jovens pobres foram recolhidos nas “instituições de sequestro”, nos espaços fechados para serem alvos de disciplinamento e normatização com a perspectiva de serem transformados em cidadãos honestos, trabalhadores exemplares e bons pais de família. Todavia, atualmente, no atual estágio do capitalismo neoliberal de barbárie, as autoras observam que os jovens já não são mais úteis e necessários ao mercado, “[...] são supérfluos, suas vidas de nada valem, daí o extermínio”.⁶³

A partir dessa constatação do papel do racismo estruturante do sistema penal, podemos observar, com a análise de Vera Malaguti Batista,⁶⁴ a construção de uma arquitetura penal exterminadora erguida no Brasil, principalmente a partir da “proclamação da República” e da “abolição da escravidão” em fins do século XIX. A construção dessa arquitetura é permeada pelo temor do fim da escravidão e pelas fantasias de um possível desfecho brutal da escravatura que poderia fulminar com a concepção de ordem e pureza das elites brancas. Nesse projeto, observamos o negro e sua cultura material e imaterial sendo transformados em entraves ao ingresso do País na onda de “progresso” e processo civilizatório da modernidade.

Abdias Nascimento⁶⁵ vai observar que a tentativa de embranquecimento da população brasileira nesse período é o ponto nodal que escancara a perversa

62. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 56-62.

63. COIMBRA, C.; NASCIMENTO, M. L. Ser jovem, ser pobre é ser perigoso? *JOVENes – Revista de Estudos sobre Juventud*, México, ano 9, n. 22, jan.-jun. 2005. p. 344.

64. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 75-121.

65. NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1978. p. 111-121.

estratégia de genocídio contra o povo negro, que vai se aprofundar nas práticas de extermínio do sistema penal.

Percorrendo o discurso médico no século XIX, Vera Malaguti Batista⁶⁶ vai perceber a imposição de uma ordem social na qual os afrodescendentes ganham destaque pelo “peso patológico”. Nesse processo de patologização dos africanos, ela cita a figura de Nina Rodrigues,⁶⁷ que vai enraizar entre nós uma criminologia lombrosiana racista, que tem como símbolo a naturalização da relação entre criminalidade e miscigenação. É no entrelaçamento entre o discurso jurídico-penal e o discurso médico-científico que vai surgir nossa criminologia positivista. Destaca-se nessa trama o discurso que aponta para os perigos de entregar os filhos para serem amamentados pelas amas de leite. Esses discursos científicos irão atestar inferioridade da “raça negra”, mas também a sua condição de degenerada e perigosa. “Os africanos são tão perigosos quanto os miasmas.”⁶⁸ São esses arcabouços que servirão ao violento controle social perpetrado pelo Estado brasileiro para garantir a ordem. A periculosidade do “lugar do negro” perdura e dita até hoje as estratégias de punição no Brasil.

Nessa arquitetura penal construída em torno de um império e mais tarde de uma República – que não podia aderir plenamente aos preceitos liberais de Estado, para não comprometer a preservação das práticas, mentalidades e estruturas do sistema escravista⁶⁹ – vai se consolidando e ganhando novas roupagens (inclusive científicas) a qualidade de “refugo” do negro na sociedade brasileira, como aquela personagem que não se enquadra e não faz parte da imagem do projeto de nação que está sendo erguido. Não demorou muito para ser qualificado como “inumano”. No discurso do sistema penal republicano, Nilo Batista⁷⁰

66. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 157-169.

67. O interesse pela herança cultural africana e pela miscigenação fez com que Nina procurasse uma explicação para a criminalidade na miscigenação brasileira. Esse discurso científico irá atestar inferioridade da “raça negra”, mas também a sua condição de degenerada e perigosa. Ver: RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

68. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.165.

69. Projeto de formação social do Brasil muito bem analisado por BATISTA, Nilo. Pena pública e escravidismo. *Capítulo Criminológico*, v. 34, n. 3, jul.-sept. 2006.

70. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 442.

aponta que a inferioridade jurídica do escravismo será substituída por uma inferioridade biológica. Segundo ele, “enquanto a primeira, a despeito de fundamentos legitimantes importados do evolucionismo, podia reconhecer-se como mera decisão de poder, a segunda necessita de uma demonstração científica”.⁷¹ Para o referido jurista, o racismo tem uma explicável permanência no discurso penalístico republicano que se fundamenta no positivismo criminológico para levar a cabo as funções do “biopoder”,⁷² que Foucault nos descreveu: “permitir um corte na população administrada, e ressaltar que a neutralização dos inferiores ‘é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura’”.

Vai se consolidar no plano institucional, por meio do sistema penal, e no corpo social um discurso racista com bases “científicas”. Esse discurso vai atuar como um dispositivo desumanizador, afastando o negro do sentido de humanidade, possibilitando que a inferioridade jurídica do escravismo fosse convertida ou aprofundada numa inferioridade do tipo biológica. O racismo como discurso, seja ele ligado a mentalidades, seja ele ligado à técnica de governo,⁷³ será um elemento imprescindível para a legitimação/justificação da prática de extermínio pelo sistema penal.

A introdução do positivismo criminológico no Brasil no século XIX foi importante para que o racismo contra o negro ganhasse *status* de “discurso científico”, discurso de verdade, e deu continuidade ao genocídio contra o segmento negro. O positivismo parece ter alargado esse “racismo tradicional”, dirigido agora não só para os negros, mas também para os mestiços, estes últimos tomados como símbolos principais da “degenerescência” da raça. Com isso, o racismo contra o negro ganhou fundamentações científicas e entrou com mais força nos mecanismos punitivos do sistema penal do Estado brasileiro.

71. Ibidem, p. 443.

72. Para o aprofundamento dessa perspectiva de poder sobre a vida, ver: FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010; FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhaon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

73. Foucault faz uma diferença interessante entre “racismo tradicional” e “racismo moderno” ou “racismo de Estado”. Aquele muito mais ligado à cor da pele, às mentalidades, às subjetividades; o último muito mais ligado à técnica do poder, à tecnologia do poder que faz com que o Estado também possa exercer o seu direito de matar em larga escala. Ver: FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.201-222.

Aqui se consolida o mito das “classes perigosas”. De objeto de trabalho a objeto da ciência⁷⁴, os negros são vistos como miasmas, símbolos máximos do medo, do atraso e da desordem. A construção da ordem social republicana, em meio aos escombros e ruínas da escravidão, pode nos esclarecer um pouco sobre a realidade assombrosa de extermínios em que vivemos hoje. Nessa conjuntura, segundo Vera Malaguti,⁷⁵ criou-se um artefato/antídoto contra a abolição, uma “máquina mortífera” de terror contra a ralé livre. Esse artefato é o nosso sistema penal. Ele se estrutura em meio ao advento de uma República que acontece no mesmo período em que a escravidão é considerada abolida e não rompe com o ordenamento do escravismo, nem do ponto de vista socioeconômico, tampouco do ponto de vista cultural.⁷⁶

É a partir desse acontecimento que podemos vislumbrar o medo da rebelião negra e das sedições das classes populares de uma forma geral no Brasil. Os negros e seu potencial de rebeldia e sedição irão se transformar em uma espécie de gigante zumbi que assombra a “civilização branca”. Dos quilombos às periferias de hoje, vamos percebendo como foi possível, pelo racismo, a transformação desses lugares em verdadeiros campos de concentração a céu aberto.

Para Batista e Zaffaroni, é nessa conjuntura histórica que se enraízam as matrizes do autoritarismo policial e do vigilantismo brasileiro, do sentido histórico da crueldade de um conjunto de leis liberais que permitiam “o retorno ao poder de uma senhora, de uma escrava achada com a língua cosida com o lábio inferior”.⁷⁷

Interessante é que a partir do momento em que passou a ser objeto de ciência, no aprofundamento desse “racismo tradicional”, é que o negro passou a ser visto pela força de sua doença e imoralidade⁷⁸. O negro torna-se genuína-

74. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 158.

75. Ibidem, p. 125.

76. Ibidem, p. 21.

77. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 137. Essa conjuntura histórica pode ser vista em maiores detalhes em: ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 53.

78. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 166.

mente um entrave para a construção da ordem, que tem como escopo a construção da família brasileira branca, sadia e higiênica.

Os afrodescendentes, ontem como hoje, passam a ser objeto de preocupação dentro dessa ordem pelo perigo que representam, pelo seu potencial subversivo, pela sua força em transpor fronteiras. É principalmente o sistema penal que vai agir por meio do extermínio quando as barreiras da ordem construída com base no racismo começam a ser ameaçadas. Para dar conta desse grande contingente de refugos perigosos e sediciosos, que insistem em resistir e ultrapassar as fronteiras físicas e imaginadas, a ordem burguesa e branca vai demandar incansavelmente a prática do extermínio. Esse será o grande papel do sistema penal brasileiro.

É aí então que podemos ver as matrizes do extermínio e da desqualificação jurídica da população afrodescendente na implantação da ordem no final do século XIX. Daquela articulação histórica entre direito penal público e direito penal privado do empreendimento escravocrata vamos observar a estruturação de um sistema penal voltado para o extermínio da população negra, que persiste até os dias de hoje. Aquela concepção de “cidadania negativa”⁷⁹ de Nilo Batista vem fazer todo sentido, pois o negro só poderia ser visto como cidadão ou pessoa a partir do momento em que representava o perigo e o caos para a ordem branca e burguesa, isto é, quando os dispositivos do sistema penal entravam em ação contra eles.

Essa “arquitetura penal genocida”,⁸⁰ cuja clientela vai se metamorfoseando infinitamente entre índios, pretos, insurgentes e pobres em geral, não vem só dar continuidade ao extermínio colonizador, mas também vem aguçar os punhais justamente no momento atual do capitalismo neoliberal em nossa margem periférica. É nesse momento que aquela “cilada da cidadania” ou “cidadania”⁸¹ se alarga e fica evidente com o avanço desenfreado do poder punitivo, inclusive revestido de “assistência social”, como aprendemos com Wacquant.⁸² Mas, para garantir essa metamorfose e esse aguçamento dos punhais, nosso projeto de nação e sua arquitetura penal precisa naturalizar a

79. Concepção de cidadania, segundo Nilo Batista, em que os direitos dos pobres só são invocados quando são criminalizados e perseguidos pelo sistema penal, mas nunca para garantir efetivamente os direitos, no sentido positivo.

80. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 105.

81. *Ibidem*, p. 135.

82. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Trad. Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ordem exterminadora, por meio de uma “estetização radical”,⁸³ que atua como instrumento de hegemonia política e reproduz a ordem e a hierarquia social no capitalismo tardio.

4. A PRÁTICA DO EXTERMÍNIO POR UMA “ESTÉTICA DA ESCRAVIDÃO”

A partir dessa “estetização radical”, as tramas que são intrínsecas a qualquer sociedade fundada nas bases do capital, como a exclusão, marginalização e o controle social dos despossuídos, ganham outros contornos no Brasil, uma outra roupagem, uma brasilidade. A modernização da sociedade brasileira e sua incorporação na radicalidade da ordem econômica do capitalismo tardio são realizadas “[...] sem abrir mão do arsenal de maldades do absolutismo e da escravidão”.⁸⁴ E o racismo vai estruturar os processos de apartamento gerados pelo capital.

No Brasil periférico, a demanda por ordem no capitalismo contemporâneo vai adquirir contornos torturantes. Aquela tempestade que Walter Benjamin⁸⁵ chama de “progresso” chega ao Brasil acompanhada de uma chuva ácida e corrosiva, carregada daqueles escombros e ruínas do empreendimento colonizador e escravocrata, formando uma estética radicalizada da escravidão, que nem as mais tocantes e fortes palavras conseguiriam descrever. Jean Baptiste Debret, não por acaso, precisa recorrer à pintura para nos mostrar os contornos e raízes dessa brutal estética (modo de existir), que muitos teimariam em acreditar apenas lendo. O horror de sua moldura no nosso cotidiano é de fato corrosivo e dói. Se, por um lado, essa estética ainda é muito viva e intensa numa concretude perceptível aos olhos de todos (e principalmente no corpo e na mente dos

83. Ibidem, p. 77.

84. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 138.

85. Walter Benjamin faz uma ácida crítica ao tão proclamado “progresso” do capitalismo a partir de uma outra perspectiva da história. Trabalhando “sobre o conceito da História”, ele nos fala das características de uma espécie de “anjo da história”: “seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irreversivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos de progresso” (BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas I: magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 226).

indivíduos de cor), por outro lado, ela parece entrar pelos olhos de todos (e pela pele e carne negra daqueles que ousam ultrapassar as fronteiras desse modo de existir) e se naturalizar, como se fosse uma paisagem que faz parte da natureza. O extermínio de milhares de jovens afrodescendentes são os efeitos mais concretos da “estética da escravidão” que Vera Malaguti Batista⁸⁶ nos apresenta.

Arranjos estéticos que entram pelos olhos, se introjetam, se naturalizam e se cristalizam.⁸⁷ A estética está implicada com as subjetividades de uma determinada ordem social, reprodutora de sua hierarquia. Para Vera Malaguti Batista, “a estética, assim, insere o poder social o mais profundamente no corpo daqueles a quem subjuga, atualizando a hegemonia política necessária à ascensão burguesa”.⁸⁸ A ordem social de matrizes escravistas produziu em nosso cotidiano essa “estética da escravidão”. Um processo de estetização das relações que vai desde a fala submissa e obediente das classes subalternas para com os de cima ao trato profundamente hierarquizador e violento com os homens e mulheres de pele escura.

É nesse ponto que a estética da escravidão carrega marcas daquele “autoritarismo de corte tomista” de matriz ibérica, que, segundo Gizlene Neder⁸⁹, é regido por uma visão de hierarquia social rígida que projeta um lugar determinado para cada indivíduo na estrutura social.

Em um ácido olhar sobre a demanda por ordem imposta por uma espécie de “visão de pureza”, Bauman⁹⁰ percebe que ingressamos num mundo em que muitos aspectos terríveis são tão óbvios que já não são sequer notados nem precisam de qualquer esforço de decifração para estarem “invisivelmente” presentes em tudo o que fazemos e sentimos em nosso cotidiano, desde nossos atos às coisas sobre as quais agimos. Para Vera Malaguti Batista, “o lugar do negro na sociedade brasileira é um exemplo deste processo, em que uma rígida hierarquização social é naturalizada a ponto de se tornar imperceptível”.⁹¹

86. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 203-221.

87. Ibidem, p. 53.

88. Ibidem, p. 77.

89. NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 177.

90. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 17.

91. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 78.

É bastante intrigante como esses arranjos estéticos, talvez rearranjos, se consolidaram no campo social brasileiro, tendo como pano de fundo, por exemplo, o momento de crise dos mecanismos e das ideologias da dominação senhorial escravista, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, quando os negros no Brasil, com o advento da “abolição”, precisaram ser controlados não só em relação a sua força de trabalho, mas em relação ao seu movimento pelas cidades e seus anseios de sedição.

Sidney Chalhoub⁹², analisando as estratégias de controle social da população negra e as resistências a esse controle no século XIX, nos apresenta um “teatro vivo da escravidão” que permanece vivo entre nós até hoje. Em meio a uma trama permeada por um “medo branco de almas negras”, Chalhoub⁹³ chama a atenção para a estratégia da “suspeição generalizada”, com a construção de uma ordem social/senhorial na “cidade idealizada” do Rio de Janeiro, que desconfiava de tudo e que, para desconfiar, transformava todos os negros em suspeitos. O movimento e a circulação dos negros, principalmente os escravos, eram entraves na construção de uma “cidade branca” com relações verticalizadas, daí lançar mão da “suspeição generalizada” contra os despossuídos: os escravos e os que se enquadravam na categoria de “pessoas suspeitas” ou “as pessoas que se julguem não possuírem... objetos”⁹⁴. E o quanto dos atos e cenas desse teatro pode ser observado ainda hoje nas grandes cidades brasileiras, nas situações em que determinados segmentos populares, como a juventude negra, precisam provar a licitude dos bens que portam consigo quando são abordados.

É possível imaginar também o quanto dessa mentalidade da “suspeição generalizada” não foi determinante para o fuzilamento de um veículo em que estavam cinco jovens negros na cidade do Rio do Janeiro, em 30.11.2015.⁹⁵ Afinal, jovens negros dentro de um carro se divertindo estão “fora do lugar”, causando mal-estar, borrando a paisagem e a estética da escravidão que se naturalizou entre nós.

92. CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na cidade do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 8, n. 16, p. 83-105, 1988.

93. Ibidem, p. 91.

94. Ibidem, p. 96.

95. ESQUERDA DIÁRIO. *Cinco jovens negros têm carro fuzilado pela Polícia Militar no RJ*. Disponível em: [www.esquerdadiario.com.br/Cinco-jovens-negros-tem-carro-fuzilado-pela-Policia-Militar-no-RJ]. Acesso em: 10.03.2016.

Não temos somente “ideias fora do lugar”, como pontua Robert Swarchz⁹⁶ ao falar de nossa formação social, mas pessoas “fora do lugar”, pessoas que não se ajustam, que insistem em sujar, ultrapassar as fronteiras, poluir os espaços em que se idealiza a pureza e a ordem racista. Pessoas ou coisas que insistem em desobedecer aquela “estética da escravidão”. Pretos em posição de protagonismo ofendem o senso esteticamente agradável e moralmente tranquilizador da harmonia que Bauman descrevia naquele “sonho de pureza” tão presente na contemporaneidade brasileira. Aliás, ver o preto preso ou morto já é cultural, como nos ensina Edy Rock e Mano Brown.⁹⁷

Ousamos dizer que, no Brasil, não são só as características forjadamente atribuídas aos negros que os transformam em empecilho à construção da ordem, mas também e principalmente sua localização dentro da ordem das coisas idealizada sob a estrutura e a estética escravista. Mais do que obedecer a essa estética espacialmente, parafraseando Gizlene Neder, os negros são levados a ser, ver e sentir o seu lugar na estrutura social. Sentir o peso da super exploração do seu trabalho e/ou a força das engrenagens da máquina mortífera que é o sistema penal brasileiro. Um modo de existir que naturalizou a desigualdade abissal entre ricos e pobres; a super exploração do trabalho; a profunda hierarquização social; a obediência e a submissão nas relações sociais; a assombrosa violência e a brutalidade contra os de baixo, inclusive a exercida entre eles; enfim, naturalizou um controle social-policial absoluto e mortífero.

A “estética da escravidão” também naturalizou todo aquele acúmulo de técnicas e mecanismos de punição do empreendimento escravocrata que tinham como cerne a corporalidade, desde os castigos mais simples, como a palmatória, passando pelos castigos físicos com açoites e chibatas, até chegar nas diversas técnicas de tortura no tronco e a morte pelas mais diversas formas. Esse arcabouço fez com que a tortura fosse exercida entre nós mais como um objetivo do que um meio;⁹⁸ o castigo físico em público e o extermínio se transformassem em uma cena cotidiana exercida com certa naturalidade pela polícia contra negros e pobres.

Dentro do projeto de sociedade erguido em torno dessa estética no Brasil, podemos constatar que o jovem negro não é descartável por si, por ser

96. SCHWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar: ensaios selecionados*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2014.

97. RACIONAIS MCs. *Fórmula mágica da paz. Sobrevivendo no inferno*. Cosa Nostra, 1998.

98. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 141.

portador do mal, mas se torna descartável mediante a lógica do racismo. É com o racismo presente nas práticas e discursos, por exemplo, que esse segmento é colocado na condição de perigoso e conseqüentemente lançado ao extermínio. Esses jovens não são exterminados por serem perigosos ou criminosos (como se costuma propagar), mas são colocados nessa condição de perigosos e criminosos por serem sempre destinados ao extermínio.

Na construção da ordem neoliberal no Brasil, sob os escombros da escravidão e de nossas matrizes ibéricas, a população negra, principalmente os jovens, é vista cada vez mais sob o prisma do descarte. Como pessoas/coisas que não ofendem a estética da escravidão só por sua localização ou por suas características, mas por não ter um lugar reservado, uma funcionalidade à reprodução do sistema na nova roupagem que ganhou o projeto estético e político da sociedade brasileira no capitalismo tardio. Essas sobras, esses excessos decorrentes da forma como o capital se reproduz, simplesmente não têm sequer lugar na estrutura social, nem mesmo nas funções mais subalternizadas reservadas aos negros ao longo da história. Sua simples existência é um estorvo à manutenção da ordem. Aqui entra em cena, como nunca antes, o intenso funcionamento do “moinho de gastar gente” preta e jovem.

5. CONCLUSÃO

Essa reinscrição do extermínio, legitimado pelo racismo, como prática intrínseca do funcionamento do sistema penal brasileiro (modo de ser e existir desse sistema) nos faz compreender a brutal e violenta questão criminal em nosso contexto marginal atualmente, nos ajudando a entender um pouco a tragédia cotidiana do número de mortos.

É por meio da análise do racismo como um modo de ser do sistema penal na formação social brasileira, com suas permanências de longa duração, que podemos perceber o papel fundamental que a prática de extermínio tem como estratégia de punição e reprodução de uma estrutura social perversa no Brasil. Essa estratégia funciona para dar suporte e continuidade ao “moinho de gastar gente”, para fazer com que a estrutura social desigual seja mantida, para fazer com que os tataranetos daqueles homens de pele escura que foram excluídos, criminalizados e exterminados no momento de formação dessa ordem sejam direcionados para o mesmo destino.

Se o sistema penal, de forma geral, nos países ocidentais, foi essencial para o desenvolvimento do capitalismo, dando sustentação à acumulação diferencial de capital, a sua estruturação por meio do racismo foi primordial na margem

brasileira não só para garantir essa acumulação com a hierarquização e segregação, mas também para dar continuidade ao extermínio que se inicia na colonização. Se cada vez mais observamos o crescimento da intervenção punitiva (do “estado penal”, diria Wacquant⁹⁹) para o controle social das massas empobrecidas que estão fora das formas adquiridas pelo capital com o neoliberalismo, vamos perceber que esse processo no Brasil não vai se realizar de outro modo senão pela continuidade e aprofundamento do caráter exterminador do nosso sistema penal racista.

Todavia, ao contrário dos países centrais, o controle social dos segmentos populares com a onda neoliberal no Brasil vai lançar mão não só do grande encarceramento, como prática de extermínio indireto,¹⁰⁰ mas também da prática do extermínio direto. Na periferia do capitalismo, o encarceramento do grande contingente de pessoas que se tornaram obsoletas com a nova ordem do capital não será suficiente. A prisão, então, diferente da função desempenhada no centro, irá funcionar em nossa margem como uma “instituição de sequestro menor”,¹⁰¹ aos moldes da gigantesca instituição de sequestro representada pelo nosso continente, com a preponderância da tortura e da morte no lugar do disciplinamento. Fica evidente que os dispositivos disciplinares sempre foram caros e insuficientes e é nesse vácuo que toda uma série de mecanismos, mentalidades e técnicas de controle social de nossa matriz ibérica e escravista irão se incrustar numa permanência de longa duração. Para Zaffaroni¹⁰², não seria razoável pensar que a prisão desempenharia as mesmas funções do centro (disciplinamento), uma vez que em nossa margem ela deveria “tratar” de uma maioria “selvagem”, e, portanto, deveria se adequar às funções exercidas pela própria “instituição colonial”.

O extermínio legitimado pelo racismo estruturante de nosso sistema penal (inclusive o exercido com o grande encarceramento), ontem como hoje, torna-se prática fundamental do exercício do poder punitivo para dar continuidade à estrutura social racista erguida no Brasil desde a colonização e à nova demanda por ordem do capital.

99. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

100. As condições de vida/morte de nossas prisões não deixam a menor dúvida disso.

101. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.p. 77.

102. Idem.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 145-154, 1997.
- BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.
- BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do sistema penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. *Capítulo Criminológico*, v. 34, n. 3, jul.-sept. 2006.
- BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. In: Batista, V. M. (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Trad. Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas I: magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na cidade do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 8, n. 16, p. 83-105, 1988.
- CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.
- CRUZNETO, Otávio; MINAYO, Maria Cecília de S. Extermínio: violentação e banalização da vida. *Cad. Saúde Pública* [on-line], v.10, p. 199-212, 1994.
- COIMBRA, C.; NASCIMENTO, M. L. Ser jovem, ser pobre é ser perigoso? *JOVENes – Revista de Estudios sobre Juventud*, México, ano 9, n. 22, p. 338-355, jan.-jun. 2005.
- DUARTE, E. C. P.; COSTA, P. H. A. A hipótese colonial, um diálogo com Michel Foucault: a modernidade e o Atlântico negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. *Universitas Jus*, v. 27, 2016.

- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- RACIONAIS MCs. *Fórmula mágica da paz. Sobrevivendo no inferno*. Cosa Nostra, 1998.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004.
- SCHWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar: ensaios selecionados*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2014.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Genocídio negro brasileiro: a importância da organização política reaja ou será morta (o), de Tarsila Flores – *RBCCrim* 135/519-540 (DTR\2017\5634); e
- Racismo e controle social no Brasil: história e presente do controle do negro por meio do sistema penal, de Luiz Phelipe dal Santo – *RBCCrim* 138/269-303 (DTR\2017\6745).