Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 25 • vol. 138 • dez. / 2017

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 25 • vol. 138 • dez. / 2017

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 – Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, 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 (Johann Wolfgang 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 Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon LIull/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); Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha); João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal); Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal); José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha); José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal); Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina); Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR); Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha); Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha); Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR); Maria Paz Arenas Rodrigañez (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 Uruguay – 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)

Adriana Borghi (UMC – Mogi das Cruzes/SP); Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/SC); Américo Bedê Freire Júnior (Faculdades de Vitória – Vitória/ES); Ana Cláudia Cifali (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ana Cristina Gomes (USAL – Salamanca/Espanha); André Giamberardino (UFPR – Curitiba/PR); André Szesz (UNIPOSITIVO – Curitiba/PR); Antonio Carlos Tovo Loureiro (Ulbra – Porto Alegre/RS); Antonio E. Ramies Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP); Camilla Marcondes Massaro (PUCC – Campinas/SP); Carolina Costa Ferreira (UniCEUB – Brasília/DF); Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Cleunice Valentim Bastos Pitombo (USP – São Paulo/SP); Cristina Rego de Oliveira (FDUCP – Lisboa/Portugal); Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS); Érica Babini Lapa Machado (UFPE – Recife/PE); Fábio André Guaragni (Centro Universitário Curitiba – Curitiba/PR); Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Filipe Henrique Vergniano Magliarelli (USP – São Paulo/SP); Francisco Monteiro Rocha Jr. (Universidade Positivo – Curitiba/PR); Gabriela Rondon (UnB – Brasília/DF); Guilherme Francisco Ceolin (PUCRS – Porto Alegre/RS); Humberto Ribeiro Jr. (Universidade Vila Velha – Boa Vista/ES); Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Jéssica Raquel Sponchiado (FDUSP – São Paulo/SP); Kelly Quirino (UnB – Brasília/DF); Luís Carlos Honório de Valois Coelho (TJAM – Manaus/AM); Luis Antônio Bogo Chies (UCPEL – Pelotas/RS); Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide – Espanha); Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Juiz de Fora/MG); Marcelo Mayora Alves (UFJF – Juiz de Fora/MG); Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR); Marcus Alan Gomes (ENFAM – Belém/PA); Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra – Portugal); Mariana Nóbrega de Lucena (PUCRS – Porto Alegre/RS); Miguel Tedesco Wedy (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Oliveiros Guanais de Aguiar Filho (PRBA – Salvador/BA); Patrícia Carraro Rossetto (Universidad de Málaga – Espanha); Patrick Cacicedo (USP – São Paulo/SP); Priscilla Placha Sá (PUCPR – Curitiba/PR); Ricardo Cícero de Carvalho Rodrigues (Estácio – Recife/PE); Roberto Augusto de Carvalho Campos (USP – São Paulo/SP); Ruy Celso Barbosa Florence (Uniderp – Campo Grande/MS); Sinara Gumieri Vieira (UnB – Brasília/DF); Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP); Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de Janeiro/RJ); Walkiria Chagas (UnB – Brasília/DF)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Ana Sacau (Universidade Fernando Pessoa – Portugal); André Machado Maya (TJRS – Porto Alegre/RS); Andréa Ana do Nascimento (PUCRS – Porto Alegre/RS); Andreia de Castro Rodrigues (Universidade Lusíada – Portugal); Andressa Paula de Andrade (UENP – Jacarezinho/PR); Antonio Maciel Aguiar Filho (FENAPPI – Goiânia/GO); Dijaci David de Oliveira (UFG – Goiânia/GO); Filipa Rua (Universidade Fernando Pessoa – Portugal); James William Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS); Juliana Moreira Streva (Freie Universität Berlin – Alemanha); Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Jacarezinho/PR); Luiz Phelipe Dal Santo (Universidades de Bologna e de Padova – Itália); Osvaldo Artaza V. (Universidad de Talca – Chile); Raúl Carnevali R. (Universidad de Talca – Chile); Simone de Jesus (UFG – Goiânia/GO); Victor Sugamosto Romfeld (UFPR – Curitiba/PR); Vyctor Hugo Guaita Grotti (Faculdade Inova – Palmas/PR)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 138 • dez. / 2017

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 138 • dez. / 2017

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

THOMSON REUTERS ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© 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 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [11-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [01.11.2017]

ABDR
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

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 Biazi
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
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
Adriano Galvão
Equipe
Eduardo Carvalho
Taynara Alves Lira
Willians Meneses

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 138 • dez. / 2017

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
Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Vaz Cameira

Líder Técnica de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thaís Rodrigues Sampaio e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Analistas Editoriais: Claudia Helena Carvalho, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco e Maria Cecilia Andreo

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva e Marcelo Ventura

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

La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el derecho penal

The transnational and multi offensive characteristics of bribery. Challenges to criminal law

Raúl Carnevali R.

Doctor en Derecho. Profesor titular de la Universidad de Talca. Director del Centro de Estudios de Derecho Penal.
rcarnevali@utalca.cl

Osvaldo Artaza V.

Doctor en Derecho. Profesor Asistente de la Universidad de Talca. Coordinador de extensión de derecho penal económico del Centro de Estudios de Derecho Penal.
oartaza@utalca.cl

Autores convidados

Este trabajo ha sido realizado dentro del marco del Proyecto Fondecyt 1150148 titulado "Corrupción y actividad empresarial. Análisis conceptual para una nueva sistematización". Los autores agradecen la colaboración de los ayudantes de investigación Sres. Sebastián Galleguillos Agurto y Luciano Rojas Morán.

Áreas do Direito: Penal; Financeiro e Econômico

Resumen: El propósito de este artículo consiste en ofrecer un análisis a la potencialidad lesiva del fenómeno de la corrupción. En particular, se analizarán las consecuencias que en el plano económico conlleva la corrupción en un contexto globalizado. Para una mejor comprensión de dicho fenómeno, se hará referencia a diversos instrumentos internacionales con el propósito de analizar una de sus expresiones más relevantes: la corrupción de funcionario público extranjero. Finalmente, dada su relevancia a nivel comparado, se analizarán las reglas contenidas en la Foreign Corrupt Practices Act norteamericana.

Abstract: The purpose of this paper is to make an approach to the harmful potential of the phenomenon of corruption. In particular, we will delve in the consequences that corruption has in a global context. For a better understanding of this phenomenon, the article will refer to various international instruments for analyzing one of its most important expressions: the corruption of foreign public official. Finally, in consideration of its special relevance, we will analyze the rules contained in the American Foreign Corrupt Practices Act.

Carnevali R., Raúl; Artaza V., Osvaldo. La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 17-57. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

Palabras claves: Corrupción – Globalización – Transacción económica internacional – Funcionario público extranjero – Foreign Corrupt Practices Act.

Keywords: Corruption – Globalization – International economic transaction – Foreign public official – Foreign Corrupt Practices Act.

Sumário: 1. Introducción. Una descripción tradicional de los efectos asociados a la corrupción. 2. Corrupción y afectación de interés económicos. 3. La corrupción en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales como manifestación de esta preocupación. Especial referencia a la práctica estadounidense. 4. Conclusión. 5. Bibliografía citada.

1. Introducción. Una descripción tradicional de los efectos asociados a la corrupción

Como es sabido, los relatos policiales norteamericanos —la llamada novela negra –, describen muy bien cómo la corrupción, en sus diversas manifestaciones, forma parte de la sociedad y van moldeando las relaciones humanas, sin distinción de clases sociales. Es más, generalmente estas novelas apuntan a cómo algunos, aprovechándose de fisuras institucionales y cierta tolerancia social, van construyendo su poder a través de la corrupción, conformando asimismo, organizaciones criminale[1]. Al efecto podemos citar un diálogo que tiene lugar en el libro "El sueño eterno" de Raymond Chandler, publicado en 1939. Philip Marlowe le comenta a Vivian Regan, refiriéndose a una determinada persona: "Tenía antecedentes penales". Vivian le contesta: "No tenía las amistades adecuadas. Eso es todo lo que los antecedentes penales significan en este país podrido de crímenes"[2].

Si bien, el fenómeno de la corrupción es un problema universal y constante a lo largo de la historia[3], probablemente, está suscitando mayor atención en los últimos veinte años[4]. Basta tener presente, que los principales instrumentos normativos de carácter internacional han sido dictados a partir de la pasada década del noventa. Por otra parte, tampoco puede asociarse, así sin más, que la corrupción es una especie de patrimonio de los países pobres o aquellos que

1. BALMACEDA/CASTRO (2015), p. 37-38.
2. CHANDLER (1990), p. 35.
3. Acerca de su evolución y una mirada desde la Antigua Atenas, HEFFERNAN/KLEINIG (Edit.), (2004), p. 25 y ss.
4. TANZI (2002), p. 19 y ss.

vivan bajo dictaduras. Por el contrario, numerosos son los casos de sociedades democráticas que enfrentan graves episodios de corrupción[5].

En todo caso, sí debe tenerse en consideración que la diferencia esencial con regímenes autoritarios es que las sociedades democráticas disponen de mayores herramientas para enfrentar la corrupción[6]. Incluso, no sólo desde una perspectiva puramente institucional, sino además por la presión que la propia ciudadanía impone a sus autoridades. En este sentido, puede decirse que existe una mayor conciencia acerca de los riesgos que suponen para la propia sociedad las prácticas corruptas[7]. Valores públicos como la probidad y la transparencia comienzan a tomar espacio en el discurso ciudadano.

Como señala Kindhäuser, la corrupción no debería ser entendida como un delito autónomo, sino que constituye una determinada forma de agresión con la que pueden vulnerarse los más distintos intereses penalmente protegidos[8]. Por lo general, cuando se habla de corrupción se estaría haciendo alusión a un concepto centrado en la infracción de deberes funcionariales a través del abuso del poder decisorio "por lo general asociados a la función pública" con el propósito de beneficiar indebidamente a quien infringe tal deber o a un tercero[9].

Los efectos negativos que la corrupción puede generar son particularmente graves y de distinta naturaleza[10]. Al respecto, se ha puesto un mayor énfasis en la descripción y análisis de los efectos lesivos de la corrupción en el desarrollo de la función pública. En este ámbito, la corrupción socavaría y deslegitimaría el sistema democrático y la actividad política en general. Probablemente, esta es la consecuencia más grave, pues corroe la confianza ciudadana hacia las instituciones no sólo públicas sino también privadas, pues en no pocos casos se suele atribuir a las corporaciones privadas como las responsables de querer utilizar al aparato público en su beneficio. Un ejemplo de aquello dice relación

5. Sin ir más lejos, basta ver lo sucedido con la clase política brasileña cuestionada, entre otros factores, por los sucesos de Petrobras. Para un análisis de la situación en la India y Brasil, YADAV (2011), p. 57 y ss.
6. ALONSO/GARCIMARTÍN (2011), p. 45-46.
7. ZALAQUETT (2011), p. 180 y ss., da cuenta cómo a partir de los noventa va emergiendo la llamada *good governance* dirigida a enfrentar la corrupción y fortalecer la democracia.
8. Así lo expresa KINDHÄUSER (2007), p. 2.
9. Para un análisis conceptual del concepto de corrupción dentro del medio nacional, véase ARTAZA (2016), p. 307 y ss.
10. HOLMES (2015), p. 18 y ss.

con el financiamiento de la política, donde los costos de las campañas al ser cada vez más altos exigen la introducción de medidas a fin de limitar intervenciones que puedan considerarse indebidas[11]. Basta tener presente lo expuesto por el *Consejo asesor presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción* "la llamada Comisión Engel" en su informe final de abril de 2015[12], donde una de sus propuestas se refiere, precisamente, al financiamiento de la política para fortalecer la democracia; es decir, establecer medidas para evitar la captura de la política para fines que son ajenos al interés público. En este sentido, se torna primordial, según expresas palabras del informe, "garantizar condiciones de equidad en la competencia electoral, para garantizar también el ejercicio de derechos civiles y políticos básicos"[13].

Los riesgos de la corrupción para el sistema democrático y la pérdida de prestigio de las instituciones públicas se ven muy claramente en varios países de América Latina[14]. Es en esta región donde se aprecia una permanente inestabilidad política y constantes casos de corrupción en los que se ven involucrados, incluso, altos representantes del gobierno. Diversas son las razones que se pueden esgrimir para tan lamentable posición y que la sitúan muy por debajo de Europa o Norteamérica[15]. Entre otras, cabe citar la debilidad institucional

11. PELIZZO /STAPENHURST (2014), p. 83 y ss.; ÁLVAREZ (2007), p. 39 y ss.
12. Ver en [http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo_anticorrupcion.pdf]. Última visita: 23.05.2016.
13. Informe Comisión Engel, p. 65: "Por otra parte, las campañas son la expresión más nítida de la competencia política y están en la base de una democracia representativa. Por lo mismo, es fundamental garantizar condiciones de equidad en la competencia electoral, para garantizar también el ejercicio de derechos civiles y políticos básicos. En esta materia, el Consejo estima necesario mejorar las condiciones de equidad en la competencia "equilibrando los aportes públicos y privados", disminuir los riesgos de captura de la política limitando aportes, mejorando las normas y capacidad de control. Finalmente, se propone modificar de manera significativa la forma en que se están realizando las campañas hoy, para reducir la escalada en el gasto y cambiar de una lógica centrada en la publicidad hacia otra centrada en ideas y producción programática".
14. Al respecto, MULAS-GRANADOS (2011), p. 105 y ss.; MORALES QUIROGA (2009), p. 205 y ss. También se han visto casos graves de corrupción en Europa. Es así, que la sociedad italiana fue testigo, durante la década del noventa de importantes casos de corrupción "campaña llamada 'Manos limpias'", tanto pública como privada, en las que se vieron involucradas connotadas autoridades, algunas de ellas acusadas de connivencia con la mafia; BALMACEDA/CASTRO (2015), p. 39 y ss.
15. En todo caso, en Italia la criminalidad organizada presenta conexiones cada vez más estrechas en el ámbito político, que les permite asegurar contratos con la

de aquellas llamadas a ejercer el control de las cuentas públicas o de la actuación de los privados[16]. Ello puede deberse a un entramado normativo engorroso que dificulta la persecución, incentivando el abuso de poder. Así también, a una cultura tolerante hacia la corrupción, sobre todo cuando se requiere de servicios públicos el soborno es una práctica extendida[17].

La pérdida de confianza por parte de la ciudadanía hacia las autoridades públicas, más aún si se percibe una especie de cultura de la impunidad, resquebraja seriamente las bases del Estado de Derecho. Y es que se comienza a perder la fe en la democracia como sistema de gobierno[18]. Además, la debilidad institucional para perseguir los actos de corrupción funcionarial facilita el surgimiento de organizaciones criminales[19]. En efecto, si bien tales organizaciones no buscan ni pretenden alcanzar el poder político, sí se dirigen a controlarlo, conformando una especie de poder en la sombra. En este contexto, se constituyen en una fuente de corrupción de funcionarios públicos con graves consecuencias para la legitimidad de las instituciones estatales, pues en los ciudadanos se genera una fuerte percepción de inseguridad pública. De más está decir los peligros que representan para un Estado estas organizaciones, ya no sólo desde la perspectiva de la seguridad ciudadana, sino también para la transparencia de las economías nacionales, pues uno los objetivos perseguidos es "intervenir" en el sistema económico lícito con el propósito de ir lavando sus activos, lo que puede dar lugar a una grave alteración de las reglas

---

administración pública. Un ejemplo, es el caso del tratamiento de los residuos tóxicos, que genera cuantiosas ganancias "en Italia ya se habla de la Ecomafia. Sobre el punto, PLANTAMURA (2007), p. 73 y ss.; LO MONTE (2003), p. 235 y ss.

16. FLORES GIMÉNEZ (2014), p. 179 y ss.
17. MULAS-GRANADOS (2011), p. 113 y ss. expone una serie de gráficos que dan cuenta del recurso frecuente a la práctica del soborno en varios países de la región. Para un estudio acerca de la relación entre educación y niveles de corrupción, SANZ/ACEVEDO/GUERRERO (2011), p. 131 y ss.
18. ROSE-ACKERMAN (1999), p. 127 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2007), p. 122-125. Para conocer como han sido los procesos en las economías "transicionales", esto es, aquellas que pasaron del régimen socialista al capitalista, y de qué forma han enfrentado la corrupción, HALLER/SHORE (Edit.) (2005), p. 29 y ss.; ABED/DAVOODI (2002), p. 489 y ss.
19. CARNEVALI RODRÍGUEZ (2014), p. 65-66; LAUDATI (2003), p. 217: "El crimen organizado constituye un peligro para las democracias modernas por la extraordinaria capacidad de acumular enormes riquezas y de contaminar y condicionar las instituciones"; SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ (2008), p. 456; CASTRESANA FERNÁNDEZ (2004), p. 213 y ss.

del mercado[20]. Lamentablemente, no son pocos los países latinoamericanos en donde se aprecia lo anterior[21].

En este sentido, se pueden producir peligrosas relaciones entre dos importantes fuentes de poder, a saber, el económico y el político. De esta manera, según Ferrajoli, se manifestaría una expresión de criminalidad del poder, a través de la apropiación de la cosa pública, dando lugar a una clara desviación de orden institucional. El Estado se configura en un doble Estado, detrás de la fachada de legalidad crece y se desarrolla un *infraestado clandestino*, con códigos distintos y organizado en torno a centro de poderes ocultos. Los riesgos evidentes es que se produce una convivencia entre el aparato público y grupos económicos, pues estos últimos se valen del aparato público para la consecución de sus objetivos. Tiene lugar una especie de apoderamiento privado de la cosa pública[22].

De presentarse lo anterior, se puede comenzar a afirmar que se está frente a una captura del Estado, en el entendido de que individuos, empresas o grupos al aprovecharse de sus contactos o asociaciones ilícitas obtienen ganancias o facilitan actuaciones que a otros particulares no les serían permitidas. Tiene lugar una colusión particular entre lo público "ya sea funcionarios, legisladores o políticos" y los privados en que se definen políticas públicas, se obtienen ventajas contractuales, favoreciendo de este modo sólo a unos pocos, alterando las reglas de igualdad entre quienes intervienen en una determina actividad[23]. En definitiva, quienes detentan funciones públicas actúan favoreciendo solo a quienes están dispuestos a pagar.

2. Corrupción y afectación de interés económicos

Con todo, y como se pretende demostrar a continuación, el análisis de los efectos lesivos de la corrupción no debiera limitarse a los relativos a la función pública. Una breve descripción del panorama internacional permite constatar que este fenómeno podría afectar intereses o expectativas de enorme relevancia

20. Entre otros, FERNÁNDEZ CRUZ (2000), p. 90; SZCZARANSKY (2000), p. 48-52; CASTALDO/NADDEO (2010); DI NICOLA (2002), p. 276.
21. Al respecto, SOLÍS /ROJAS ARAVENA (Edit.) (2008), p. 110-114.
22. FERRAJOLI (2009), p. 149-150.
23. Así lo exponen, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW (2008), p. 58-59, quienes afirman que la corrupción pública modifica las reglas del juego, al dar lugar a una desigualdad oculta y mecanismos que son perversos para el desarrollo.

en el ámbito de los negocios y la economía[24]. Para dar cuenta de tal realidad, se debiera considerar los diversos instrumentos internacionales que regulan esta materia, así como la tendencia internacional de ampliar la prohibición de los actos de corrupción en los casos en que ésta pueda poner en entredicho intereses económicos tanto públicos como privados.

Es importante tener en cuenta que cierta doctrina ha sostenido que bajo determinadas circunstancias económicas y para impulsar el crecimiento, deberían aceptarse algunas manifestaciones de corrupción, pues de algún modo permitirían "lubricar" la maquinaria burocrática y con ello, agilizar la economía. Es lo que habría sucedido en el sudeste asiático, en países como Indonesia o Tailandia, que a fines de los noventa crecieron rápidamente aun cuando tenían altas tasas de corrupción[25]. Sin embargo, esta opinión es difícil de aceptar. En forma más reciente se ha dicho que aun cuando es cierto que este fenómeno podría traer ciertos efectos positivos en el corto y mediano plazo, los efectos en la economía serían "devastadores" en el largo plazo[26].

Por lo mismo, resulta erróneo defender, sobre la base de tales supuestos beneficios económicos que se pudieran reportar, que la corrupción pueda generar efectos positivos. Por el contrario, hoy se aprecia una mirada crítica hacia este fenómeno por las consecuencias negativas que conlleva. Es más, se puede decir que una de las particularidades de las sociedades modernas es la incidencia que ha tenido este fenómeno.

Esta apreciación se ha ido acentuando a partir de los años noventa, sobre todo con el desarrollo de la llamada globalización[27]. En efecto, la mayor libertad y, por ende, los menores controles estatales para la circulación de estos factores, brinda enormes espacios de actuación a la corrupción[28]. En este sentido, los Estados han restringido sus limitaciones comerciales, dando lugar a una ampliación de los mercados. En particular, en la consecución de este propósito se han impulsado a escala global una serie de políticas dirigidas a facilitar la

24. Entre otros, SOTO (2003), p. 23 y ss.; AIDT (2003), p. 632 y ss.; SELIGSON (2006), p. 381-404; STEIN, p. 61-81; BALMACEDA/CASTRO (2015), p. 57 y ss.; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2004), p. 345.

25. Al respecto, BRAGUINSKY (1996), p. 14 y ss.; TANZI (2002), p. 42-45; GÓMEZ (2007), p. 79-80.

26. BENITO SÁNCHEZ (2012), p. 43-44.

27. GÓMEZ (2007), p. 69-71; BAUTISTA (2014), p. 119 y ss.; SÁNCHEZ BERNAL (2010), p. 212.

28. JOHNSTON (2014), p. 186-189; SHORE/HALLER (2005), p. 9.

libre circulación de determinados factores productivos, como son, por ejemplo, los capitales, las mercancías, las personas y los servicios.

Precisamente, esta mayor laxitud en los controles, así como las asimetrías que tienen lugar entre los Estados, no sólo desde la perspectiva jurídica sino también cultural "la mirada y el juzgamiento moral hacia la corrupción es diverso entre las distintas naciones" pueden propiciar las prácticas corruptas, pues los agentes van a preferir aquellas economías que brindan mayores escudos protectores[29]. De este modo, la corrupción se constituye en un factor decisorio más a la hora de enfrentar una nueva oportunidad de negocios.

Tal realidad ha derivado en una mayor preocupación en la prevención de la corrupción en el ámbito de las interacciones económicas, debido a los efectos negativos que derivarían de tales prácticas. En este sentido, basta tener en consideración las distorsiones al mercado que se producen cuando compiten agentes carentes de toda ética, al pretender participar sin seguir las reglas del juego previamente impuestas. Riesgos que se acrecientan si para dicho propósito se utilizan a funcionarios públicos, ya que se constataría un evidente fracaso del servicio público como institución y una traición a la esencial ética profesional del funcionario público, el que no actúa como un agente de servicio al ciudadano. Las expectativas de imparcialidad en el trato con el Estado se verían seriamente erosionadas, pues se brindarían privilegios solamente a determinados actores económicos "así, los favorecidos por el soborno", dando lugar a distorsiones competitivas y aumentando la ineficiencia en la asignación de recursos "no necesariamente se ofrecen los mejores servicios o productos –. Y es que al no estar dadas las condiciones de igualdad se pueden restar de intervenir otros que también están en condiciones de hacerlo[30].

Es más, las reglas propias del mercado y de la competencia leal se ven fuertemente alteradas, ya que las empresas más pequeñas están incapacitadas de competir con las mayores, que ya disponen de recursos que les permite intervenir en una economía corrupta[31]. Incluso, las consecuencias que se pueden dar son aún peores, pues al favorecer el surgimiento de una clase de economía más bien informal, al no poder intervenir en la formal, se eludiría el cumplimiento de los compromisos tributarios, con las derivaciones que todo ello supone[32].

29. MALEM SEÑA (2007), p. 172.
30. GÓMEZ (2007), p. 76-77.
31. GÓMEZ (2007), p. 85.
32. ADES/DI TELLA (2010), p. 496 y ss.; DREHER/SCHNEIDER (2010), p. 217 y ss.

Por otro lado, economías que funcionan con una lógica corrupta, esto es, incumpliendo con las reglas básicas del mercado y con una cultura de los negocios en el que se procura obtener indebidamente ventajas, conlleva indefectiblemente consecuencias a nivel de inversión y de crecimiento. Y es que los inversores prefieren participar en aquellos países que les brinden seguridad y que no hayan "costos" asociados a corrupción[33]. En este contexto, no puede dejarse de tener presente que el fenómeno de la globalización "al que se eludió *supra*— ha procurado imponer una forma de *hacer negocios*, tanto en la esfera pública como privada, de manera que aquellos actos de corrupción que en el pasado podían ser de algún modo tolerados, hoy ya no se los aprecia de un modo similar.

En este breve examen de las consecuencias económicas de la corrupción, no puede obviarse dos cuestiones de particular relevancia: la pobreza y la inequidad[34]. Y es que la desviación de fondos públicos destinados a la producción y a la inversión hacia patrimonios particulares afectará, indefectiblemente, la vida social, en especial a las personas con mayores carencias. Por otro lado, no puede dejarse de considerar que aquellas empresas que debieron pagar sobornos para poder realizar sus proyectos, tratarán de algún modo, de recuperar sus costos, ya sea por vía tributaria —lo que incide en la inversión pública— o pagando menos a sus trabajadores. A la larga las consecuencias se pueden hacer sentir en el crecimiento del país, en el nivel de empleo y en los precios de los productos[35].

Tales valoraciones explicarían que se haya reconocido la necesidad de reaccionar frente a tal fenómeno asumiendo su naturaleza pluriofensiva. Lo anterior resulta claro si se considera el tratamiento normativo de la prohibición de la corrupción en los diversos instrumentos internacionales que regulan la materia. Como se hizo presente *supra,* a partir de la década de los noventa se suceden una serie de cuerpos normativos internacionales sobre corrupción, que imponen obligaciones incriminatorias a los Estados que los suscriben[36].

33. Para una relación entre corrupción e inversión, TANZI/DAVOODI, p. 197 y ss.; MAURO (1997), p. 104 y ss.; MURIEL PATINO (2004), p. 27 y ss.

34. GUPTA/DAVOODI/ALONSO-TERME (2002), p. 458 y ss.

35. MURIEL PATINO (2004), p. 35 y ss.; ALONSO/GARCIMARTÍN (2011), p. 66 y ss.; GÓMEZ (2007), p. 84.

36. Así, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW (2008), p. 70 y ss., quienes en p. 82 y ss. exponen el tratamiento del Derecho chileno a la corrupción; MONTANARI, (2012), p. 1 y ss. Ver en [www.penalecontemporaneo.it/upload/1341134726Montanari%20-%20DPC.pdf]. Última visita: 07.05.2016.

En lo que nos atañe son tres los más importantes, a saber, la Convención sobre la corrupción de 2003, de las Naciones Unidas; la Convención sobre la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997, en el marco de la OCDE, y la Convención Interamericana contra la corrupción de 1996 de la Organización de Estados Americanos[37].

En lo que se refiere a la Convención Interamericana contra la corrupción de 1996[38], se disponen de medidas preventivas para enfrentar los actos de corrupción dentro de los funcionarios públicos o por quienes ejerzan funciones públicas, así como también se refiere al soborno internacional y se incorpora la figura del enriquecimiento ilícito "art. IX[39]. En este último caso, se pretende la inclusión como figura penal "del incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él"[40]. Precisamente, la influencia de la presente Convención determinó que en varios países de nuestro continente se introdujera el respectivo tipo penal[41]. En lo que respecta al objeto de estudio, este instrumento reconoce en su preámbulo que la lucha contra la corrupción puede evitar alteraciones en la economía.

37. También pueden citarse, dentro de la Unión Europea, entre otras, la Convención relativa a la lucha contra la corrupción en el que se involucrados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros, de 1997 y Acción Común 98/742 JAI sobre corrupción en el sector privado y la Decisión Marco 2003/568 JAI acerca de la lucha contra la corrupción en el sector privado. Dentro del Consejo de Europa, la Convención penal sobre corrupción de 1999 y el protocolo adicional de 2003. Por último, la Convención contra la criminalidad organizada transnacional de 2000, mejor conocida como la Convención de Palermo. Para un examen conjunto, ALCALE SÁNCHEZ (2014), p. 25 y ss.
38. Ver la Convención en [www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html]. Última visita: 13.05.2016. Al respecto, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW (2008), p. 73-77.
39. La Convención americana constituyó un importante antecedente para las modificaciones introducidas respecto de los delitos cometidos por funcionarios públicos por la Ley 19.645 de 11 de diciembre de 1999. Sobre el punto, OLIVER (2004), p. 83 y ss.
40. Al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI (2003), p. 13-14; RODRÍGUEZ COLLAO (2004), p. 357 y ss.
41. HERNÁNDEZ BASUALTO (2010), p. 187 y ss. quien también expone de la evolución experimentada por el Derecho chileno para introducir la respectiva figura del art. 241 *bis* del Código penal.

Con todo, sólo se regula la corrupción que tiene lugar en la Administración pública, no haciéndose cargo aún de aquella que pueda tener lugar exclusivamente en el sector privado. Que así sea tampoco debe llamar la atención, pues como se explicó, de esta manera se ha entendido tradicionalmente. Sólo en los últimos años ha habido una especial preocupación por lo que acontezca en el mundo privado.

Posteriormente, en la Convención sobre la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997[42], apunta a un tema en particular, a saber, el cohecho en las transacciones internacionales. En efecto, como ya se indica en el preámbulo el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, puede socavar el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsionar las condiciones competitivas internacionales[43]. Amén de disponer que se debe tipificar como delito el cohecho a los servidores públicos extranjeros, se establecen una serie de recomendaciones para fortalecer la lucha contra el cohecho. Es así, que se dispuso de una guía de buenas prácticas para la aplicación de las medidas dispuestas en la Convención, entre otras, campañas para crear conciencia acerca de los perjuicios que tienen lugar, capacitaciones a los funcionarios públicos que vayan a prestar servicios al extranjero. También se dispone de una guía de buenas prácticas para las empresas, incluidas las multinacionales, en los que se refiere, por ejemplo, a los regalos, dádivas o viajes de clientes. De la regulación citada, se desprende que por medio de esta Convención ya se comienza a reconocer desde una perspectiva internacional, la necesidad de prohibir los actos de corrupción que pudiesen afectar intereses económicos.

Respecto a la Convención sobre la corrupción de 2003[44], se resalta ya en el preámbulo la importancia de enfrentarla, no sólo por los riesgos que para las instituciones y valores democráticos conlleva, sino también por los vínculos que se pueden dar con la criminalidad organizada y económica[45]. Asimismo, se destaca el carácter transnacional del fenómeno y por ello, se requiere de

42. Ver la Convención en [www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf]. Última visita: 13.05.2016.

43. ROSE (2015), p. 65 y ss.; ZALAQUETT (2011), p. 181-182.

44. Ver la Convención en [www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf]. Última visita: 17.05.2016. Antecedentes y estructura en RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW (2008), p. 77-82.

45. Examen de la Convención en el Segundo Foro Internacional que tiene lugar en Santiago en 2010. Ver en [www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Actualidad/Actividades/Foros/01-02122009.pdf]. Última visita: 17.05.2016.

medidas internacionales de cooperación para enfrentarlas. Cabe resaltar que las normas de la convención apuntan tanto al sector público como al privado. En este sentido, se trata de un instrumento internacional que trata la corrupción de forma integral[46]. Para tal efecto, se disponen de medidas preventivas y de represión, entre las primeras se destaca la necesidad de promover la participación de la sociedad y que se disponga de la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas "art. 5. En relación a las medidas represivas se establecen disposiciones relativas a la penalización de comportamientos que atentan contra la administración pública, el orden socioeconómico y la administración de justicia. Entre los delitos que afectan a la administración pública, se incluyen los delitos de malversación de caudales públicos, formas de desviación del funcionario público ya sea en su favor o de terceros. Así también, se contempla el tráfico de influencias.

Se regula la corrupción en el sector privado, en el que se contempla el soborno sobre la base de entender que lo hay cuando, entre otras conductas, se hacen promesas, ofrecimientos o concesiones a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de beneficios indebidos que redunden en su provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar "art. 21. Así también, se dispone la malversación de bienes en el sector privado "art. 22" y el blanqueo del producto del delito "art. 23. En el Capítulo V se aborda la recuperación de activos disponiendo de medidas dirigidas a prevenir y detectar las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Como se desprende de esta descripción, la tendencia internacional ha llegado al punto de reconocer la necesidad de criminalizar la corrupción que se lleva a cabo exclusivamente entre particulares. Es decir, en el marco de la prevención de los efectos lesivos de la corrupción para intereses de naturaleza económica, se ha defendido que los actos de corrupción no necesariamente deben involucrar, en todo caso, a un funcionario público, sino que también tales intereses, principalmente vinculados a la protección de la competencia, pueden verse afectados por actos de corrupción que se efectúan completamente entre privados[47].

46. ROSE (2015), p. 97 y ss.

47. En nuestro país actualmente se está discutiendo la criminalización de la corrupción entre particulares. En el boletín 10155-07, mensaje 500-363, se propone la creación de los siguientes tipos penales:

Precisamente por lo expuesto, es que los instrumentos internacionales "notoriamente en Europa" se han ido dirigiendo hacia la punición de la corrupción privada. Es así, que en la esfera de la Unión Europea, la Decisión Marco de 22 de julio de 2003 (2003/568/JAI) y con anterioridad la Acción Común de 22 de diciembre de 1998 y el Convenio del Consejo de Europa contra la corrupción de 27 de enero de 1999 impusieron a los estados europeos la obligación de introducir dentro de sus normas internas el delito de corrupción en el sector privado. Justamente, es en este contexto que España, por ejemplo, incorpora este delito en el artículo 286 *bis* del Código penal. Al respecto debe tenerse presente que gran parte de los estados europeos ya disponen de normas penales en esta materia. En todo caso, cabe advertir que en el pasado ya existía preocupación por aquellos comportamientos entre privados que podían considerarse reñidos con una competencia leal. Es así, que en 1906 se aprueba en Gran Bretaña la ley sobre prevención de la corrupción y en Alemania se dicta en 1909 la ley contra la competencia desleal[48].

La práctica de criminalizar tales conductas puede generar cierta perplejidad, ya que no puede negarse que cuando se habla de corrupción se presupone, tradicionalmente, la presencia de un representante de la Administración pública[49]. Así lo ponen de manifiesto los instrumentos internacionales ya citados que apuntan a la función pública, de acuerdo a los cuales la corrupción sería esencialmente el abuso de quienes detentan una función pública para

---

Art. 287 bis. *El director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad que, por sí o a través de otra persona, solicitare o aceptare recibir un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para favorecer, o por haber favorecido, con infracción de sus deberes u obligaciones, a otro en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o aceptado.*

Art. 287 ter. *Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será sancionado el que, por sí o a través de otra persona, ofreciere o consintiere en dar o entregar a un director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad, o a quien estos señalen, un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para que le favorezca, o por haber favorecido, a él o a un tercero frente a otros en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales.*

Si bien la relevancia de esta temática es innegable, excede los límites de este trabajo en razón de su extensión, constituyendo una arista a analizar en una investigación futura.

48. DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO (2002), p. 258.

49. RODRÍGUEZ COLLAO (2004), p. 352.

obtener ganancias particulares, contraviniendo las normas propias de su cargo[50], produciéndose así, una suerte de privatización del acceso a la autoridad púbica[51]. Incluso el Diccionario de la Real Academia española establece como una de las acepciones de corrupción: "En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores".

Sin embargo, si se examina la raíz de la expresión objeto de examen no se autoriza tal restricción. Corrupción viene del latín *corruptio,-onis*, que esencialmente significa alteración o vicio de algo o alguien en el que intervienen sujetos[52]. Por tanto, nada impediría, desde una perspectiva etimológica, comprender la esfera privada. En este orden de cosas, cabe observar que en los últimos decenios ha habido una especial preocupación por entender que las modalidades de corrupción, no serían solo las relativas al ámbito público "expresadas en delitos como el cohecho, entre otros", sino que se está prestando atención a la llamada corrupción privada, en cuanto se trataría de comportamientos irregulares en la esfera de los negocios, que alteraría la confianza en el mercado al afectar la existencia de una competencia leal. Una tarea importante será pues, precisar y delimitar el sentido y alcance de ambas formas de corrupción[53].

Pero además, en la actualidad esta materia adquiere particular relevancia frente a los cambios que ha impuesto la economía globalizada, y la mayor intervención del mundo privado en la esfera de los negocios. En este sentido, el proceso de privatización de empresas estatales y la mayor incidencia en la vida del ciudadano común de las actividades que realizan las empresas privadas "no pocas de carácter transnacional" imponen ciertas pautas de comportamiento en la forma de hacer negocios "avance hacia una cultura empresarial. Es así, que últimamente se ha observado una creciente necesidad de introducir componentes éticos en el mundo de los negocios"ética de los negocios". Precisamente por ello, no se puede permanecer ajeno a quien se aprovecha indebidamente de ciertas ventajas. Lo anterior, constituye un hecho reprobable, tanto desde un punto de vista de la ética *de los* negocios "pues se utiliza una ventaja que genera una posición de desequilibrio entre las partes", como desde una

50. Como exponen, HODGSON/JIANG (2007), p. 1044, comprender la corrupción sólo dentro de la función pública puede ser una mirada propia de los economistas.

51. FARALDO CABANA (2001), p. 69.

52. Mayor detalle en RODRÍGUEZ COLLAO (2004), p. 341 y ss.

53. Así lo evidencia GÓMEZ-JARA DÍEZ (2008), p. 226.

perspectiva de la ética *en los* negocios —dado el abuso de poder que se obtiene alterando la confianza de los intervinientes en el mercado[54].

Por lo reseñado, es que se haría necesario analizar la introducción de disposiciones que se dirijan a aquellos comportamientos desleales o corruptos por parte de quienes intervienen en el tráfico económico[55]. Se está frente a una clase de actuaciones que afectan a la conciencia social y que rebasan los límites éticos con los que deben operar los agentes económicos. En definitiva, la pérdida de confianza que tales prácticas puedan producir en los otros agentes afectará el correcto funcionamiento del mercado al alterar su transparencia.

3. La corrupción en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales como manifestación de esta preocupación. Especial referencia a la práctica estadounidense

Como ha quedado en evidencia, el fenómeno de la corrupción se caracteriza por ser una forma de agresión que puede afectar bienes jurídicos muy variados. Por lo mismo, resultaría erróneo sostener que solo bienes jurídicos vinculados al correcto desarrollo de la función pública podrían verse afectados por tal forma de conducta. Un claro ejemplo de lo anterior vendría dado por el hecho de que en nuestro país también se han incorporado figuras delictivas cuyo propósito es prevenir distorsiones en las reglas del mercado, específicamente en lo que respecta a ciertas condiciones de competencia que se consideran adecuadas para el desarrollo de la actividad económica.

Así, si nos remitimos al fundamento de la incriminación del cohecho a funcionario público extranjero en el ámbito de las transacciones económicas internacionales en nuestra legislación, tal vinculación queda en evidencia[56]. En este sentido, la doctrina penal nacional ha sostenido que a través de este tipo penal no se pretende proteger intereses vinculados al correcto desempeño de la función pública, en este caso del país extranjero respectivo, sino que un interés

54. Al respecto, SEMINARA (1995), p. 525-527.

55. Sobre este punto, BOLEA BARDÓN (2013), p. 10 y ss.

56. Incluso lo anterior queda claro si se toma en cuenta lo dispuesto en el Preámbulo de la Convención de la OCDE ya mencionada: "Considerando que el cohecho es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales...".

diverso. Para algunos lo que se protege es el "normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales"[57], o en forma más específica, la "seguridad e igualdad jurídica para la sana competencia"[58]. En Chile se incorporó la figura del cohecho a funcionario público extranjero en 2002 "actual art. 251 *bis* y 251 *ter* del Código penal –, a fin de dar cumplimiento a la obligación contraída al suscribir la Convención en comento[59]. En todo caso, este compromiso ya le era

57. OLIVER CALDERÓN (2003), p. 42-44. En un sentido similar, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2004), p. 508; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW (2008), p. 355-357. La discusión en la época en que se introduce por primera vez este tipo penal se presentaba principalmente por la ubicación sistemática de este tipo penal, incluido en el mismo párrafo que el delito de cohecho a funcionario público nacional. Lo anterior habría llevado a tratar de definir si el bien jurídico era el mismo para ambos casos o no. Una de las modificaciones introducidas por la Ley 20.341 es incluir un nuevo párrafo (9 bis) con el objeto de evitar tal problema. Con todo, cierta doctrina es crítica a la nueva ubicación sistemática, así por ejemplo FABIÁN CAPARROS (2010), p. 78, de acuerdo con el cual: "El cohecho activo previsto en el nuevo artículo 251 bis recae sobre servidores públicos pertenecientes a otros Estados o a Organizaciones internacionales de Derecho Público. Su contenido material, si desvalora, deberá vincularse a la tutela de tales Administraciones exteriores – lo cual no parece tener sentido, pudiendo llegar a considerarse una injerencia en asuntos que competen a otros Estados- o, mucho más correctamente, del normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales...".

58. SZCZARANSKI (2011), p. 129.

59. Con más detalle, OLIVER CALDERÓN (2003), p. 43 y ss. A través de la modificación introducida por Ley 19.826 se incorporan al Código penal los artículos 250 bis A y 250 bis B. Como señala el mensaje presidencial (2001) a través de esta modificación se pretende cumplir las obligaciones contraídas en la Convención de la OCDE. Junto a esta modificación también se debía incorporar al sistema penal chileno la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El 11 de julio de 2008 se ingresa indicación alterando sustancialmente esta regulación con el objeto de adecuar la legislación a las observaciones y sugerencias formuladas por la OCDE, efectuadas en el marco de la primera y segunda fase de evaluación del cumplimiento por Chile de la Convención señalada. Dentro de las observaciones más relevantes se cuentan, por ejemplo, a) la sugerencia de ampliar los verbos rectores para evitar vacíos de punibilidad, ya que el tipo penal chileno solo contenía el "ofrecer" y no el "dar o prometer", b) se observa que el tipo penal chileno limitaba la sanción a los casos de ofrecimiento de beneficios de naturaleza económica, en tanto que la Convención los extendía a cualquier ventaja indebida, c) se solicita se explicite que la ventaja de la que se trate debía ser indebida con el objeto de evitar problemas interpretativos, d) se indica que la expresión "transacciones comerciales internacionales" resultaba inadecuada, ya que dejaría fuera las transacciones de carácter civil", por lo que se solicita se elimine la expresión "comerciales", e) se expresan diferencias en relación a la definición contenida en el

exigible al Estado chileno con la Convención Interamericana[60]. Si bien es cierto este tipo penal ha tenido casi nula aplicación en la práctica[61], es innegable la relevancia que tiene en la actualidad el análisis del fenómeno de la prohibición de la corrupción en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales, sobre todo para un sector empresarial cada vez más globalizado y con mayor presencia en el extranjero.

Debido al escaso desarrollo de este tipo penal en nuestro país, nos centraremos en la experiencia comparada atendiendo especialmente a aquella regulación que ha servido de referencia para nuestro legislador. El objeto de tal descripción es determinar en qué medida y con qué alcance la prohibición de actos de corrupción en el marco de las transacciones económicas internacionales incide en la protección de ciertas expectativas vinculadas con intereses económicos, principalmente relacionados a la participación en los negocios con el sector público en el extranjero.

Como señalamos con anterioridad, la figura del cohecho a funcionario público extranjero fue incorporada a nuestro Ordenamiento jurídico-penal por la ley 19.826, publicada en 30 de octubre de 2002. Los antecedentes que tiene a la vista el legislador, son, en primer lugar, la Convención para combatir el cohecho a servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales emanado de la OCDE, aprobada en marzo de 2001 y ratificada en

artículo 250 bis B del Código penal en relación a la contenida en el art. 1º párrafo 4º de la Convención, específicamente en lo relativo a la expresión "empresa de servicio público". Se sugiere la utilización de la expresión "empresa pública". Como se desprende de la redacción actual de los artículos 251 bis y 251 ter, nuestro legislador recoge cada una de estas observaciones. Éstas se encuentran disponibles en la web: OCDE (2004). "Chile: Phase 1. Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation, Directorate for Financial and Enterprise Aff airs", [www.oecd.org/chile/44254056.pdf]. Última visita: 15.12.2015 y OCDE (2007). "Chile: Phase 2. Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions", [www.oecd.org/chile/39540391.pdf]. Última visita: 15.05.2016. La Ley 20.341 agrega los artículos 251 *bis* y 251 *ter* fue publicada el 22 de abril de 2009.

60. RODRÍGUEZ COLLAO /OSSANDÓN WIDOW (2008), p. 356.

61. A excepción de un reciente caso, en que se acuerda una suspensión condicional con la empresa Asfaltos Chilenos S.A, ya que no habrían adoptado mecanismos para la prevención de este delito y una intermediaria de la misma empresa habría sobornado a funcionarios públicos bolivianos. Ver, al respecto, [http://papeldigital.info/lt/2015/12/21/01/paginas/022.pdf]. Última visita: 20.05.2016.

abril del mismo año. A partir de tal ratificación nuestro país queda obligado a criminalizar tal hipótesis de soborno. Este instrumento da cuenta en forma evidente de que el fenómeno de la corrupción ya no es solo un problema local sino que ha adquirido dimensiones transnacionales que son dignas de preocupación[62]. Uno de los fenómenos que ha adquirido mayor relevancia es, sin duda alguna, el de la corrupción en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales y, especialmente, el soborno a funcionarios públicos extranjeros en el marco de tales relaciones económicas.

Sin embargo, para comprenderla a cabalidad, especialmente las razones que justificarían su criminalización y el alcance de esta prohibición, es necesario considerar uno de los mecanismos que ha tenido mayor influencia, como es la *Foreign Corrupt Practices Act* norteamericana (en adelante FCPA)[63]. De

62. Al respecto ver, BENITO SÁNCHEZ (2012), p. 32-33. De acuerdo a esta autora, a la "*transnacionalización* de la corrupción han contribuido, sin duda, algunos de los elementos caracterizadores de la era globalizadora, que se han unido a factores clásicos que tradicionalmente se han apuntado como favorecedores de las prácticas corruptas: la insuficiente tradición democrática, la amplia discrecionalidad de los funcionarios públicos, los complejos procedimientos administrativos, los procesos de privatización, la tolerancia social hacia las mismas, etc." (cursiva en original).

63. Es relevante tener en consideración que la criminalización de tal conducta en Estados Unidos es lo que gatilla que diversos organismos internacionales adopten la decisión de incluirla dentro de sus respectivas directrices para la lucha contra la corrupción. Como explica Benito Sánchez, las empresas multinacionales estadounidenses al verse en una situación de desventaja respecto al resto de sus competidores internacionales a los cuales no se les dirigía tal clase de prohibición. Por tal motivo solicitan a sus respectivas autoridades que presionen a tales organismos internacionales para que el resto de los países incorporara tal prohibición. Con el objeto de describir y analizar el contexto internacional de la prohibición del cohecho a funcionario público extranjero nos centraremos en la realidad estadounidense debido a que es el ámbito donde ha habido mayor desarrollo jurisprudencial de este ilícito, además de que, como ya se indicó, es en este país donde se criminaliza por primera vez tal conducta. Con todo, un análisis acabado de este problema no puede prescindir de la consideración de los esfuerzos de la OCDE por homogeneizar las diversas regulaciones nacionales en aras de una persecución efectiva de este ilícito. Tal análisis no puede hacerse acá debido a la extensión del estudio. Debido a que se ha priorizado por describir y analizar supuestos de hecho que han resultado problemáticos en el ámbito de la corrupción trasnacional ha resultado más adecuado, para los fines del artículo, recurrir a la práctica estadounidense. Por último, no puede desconocerse la importante influencia que ha tenido la OCDE para la evolución de la FCPA. Véase, BENITO SÁNCHEZ (2012), p. 56. Al respecto ver, STRAUSS (2013), p. 247 y ss. También, aunque para el Reino Unido, ROSE (2015), p. 59 y ss. Resulta relevante analizar, al día de hoy tal práctica

acuerdo a lo sostenido por Crites, el origen de este instrumento se remonta a un período en que las circunstancias globales y económicas no difieren realmente de lo que hemos vivido en los últimos tiempos[64]. Uno de los principales factores que explican el surgimiento de tal normativa fueron ciertos escándalos protagonizados por grupos empresariales. En este ámbito, aproximadamente 400 compañías norteamericanas admiten que habían pagado cerca de 300 millones de dólares en concepto de sobornos a funcionarios públicos extranjeros. La razón por la cual se reacciona frente a tal hecho es que se empieza a poner en entredicho la confianza en la integridad del sistema del libre mercado[65].

Con el objeto de prevenir tal situación, la normativa analizada establece dos clases de medidas diversas. Por un lado, prohíbe el soborno a oficiales públicos extranjeros y por el otro, exige un alto estándar para el registro contable de las operaciones comerciales desarrolladas en el extranjero[66]. De acuerdo a lo sostenido por Benito Sánchez[67], ciertos aspectos de esta normativa fueron especialmente influyentes en los instrumentos internacionales que prohíben el cohecho a funcionario público extranjero. Por tal motivo, abordaremos brevemente su contenido.

Debido a que lo que interesa es determinar el margen de conductas que son consideradas como actos de corrupción en el ámbito de las transacciones económicas internacionales, atenderemos únicamente a la descripción de las principales conductas delictivas reguladas en la FCPA.

---

ya que como señala SHINGLER, (2013), p. 537, a partir del año 2004, en Estados Unidos, luego del caso *United States v. Kay*, surge un verdadero reforzamiento de las pretensiones de cumplimiento de este instrumento. Ver también al respecto, WEISS (2009), p. 472 y ss.

64. CRITES (2012), p. 1050, refiriéndose tanto a período de crisis económica como de fuerte desconfianza con ciertas instituciones tanto públicas como privadas. Ver también, al respecto, BENITO SÁNCHEZ (2012), p. 54 y ss.

65. ZYLA (2011), p. 13. También, BENITO SÁNCHEZ (2012), p. 55: El objetivo de esta ley fue acabar con determinadas prácticas indignas que venían aconteciendo, de manera más o menos habitual, en el comercio internacional y que lesionaban la libre competencia que debe presidir las relaciones económicas transnacionales, pues con dichas prácticas se expulsa del mercado a los competidores de buena fe. En relación a la evolución de este instrumento, ver WESTBROOK (2011), p. 510 y ss.

66. CRITES (2012), p. 1053; ZYLA (2011), p. 13: "Companies must mantain a system of internal accounting controls, such a periodic audits of financial statements, that will help auditors and compliance officers catch suspicious payments". Ver al respecto, LOUGHMAN/SIBERY (2011), pos. 464.

67. BENITO SÁNCHEZ (2012), p. 58 y ss.

Así, se prohíbe a los respectivos destinatarios[68] utilizar "el correo o cualquier medio o instrumento de comercio interestatal en forma corrupta a fin de promover una oferta, un pago, una promesa de pago o autorización del pago de cualquier suma, oferta, regalo, promesa de dar o autorización de dar cualquier cosa de valor"[69] a un funcionario público extranjero, a cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o a cualquier candidato a un cargo político extranjero o, incluso, a cualquier persona si se lleva a cabo esta conducta a sabiendas de que todo o parte de estos dineros se destinará –bajo cualquiera de las modalidades permitidas por este instrumento– a cualquiera de los sujetos anteriormente señalados.

Con todo, tales ofrecimientos a las personas indicadas solo son prohibidos si se efectúan con determinados propósitos, a saber, el de influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario; inducirlos a que realicen u omitan algún acto en infracción de su deber legítimo, obtener alguna ventaja indebida o, por último, inducir a dichos sujetos a que ejerzan conductas de tráfico de influencias en los respectivos gobiernos extranjeros o instrumentos del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, siempre y cuando se efectúen con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener algún negocio para alguna persona o con ella, o para encaminar algún negocio hacia alguna persona.

En términos sencillos, se prohíbe el soborno a un amplio grupo de personas, que tienen en común el hecho de que actúan en representación de intereses estatales o que pueden influir en las decisiones del mismo, como en los casos de los representantes de partidos políticos o candidatos a cargos públicos. No resulta relevante el hecho de que se actúe a través de intermediarios, para que en forma incompatible a los intereses que representa, otorguen ciertas ventajas indebidas en relación a la mantención u obtención de un negocio en que el Estado sea la respectiva contraparte.

En relación a la delimitación de esta figura delictiva, se ha sostenido por cierta doctrina que una de las principales características de esta regulación es

68. FCPA, Título 15, capítulo 2B, Sección 78m, a). Ver al respecto, LOUGHMAN/SIBERY (2011), pos. 379. También, KOEHLER (2010), p. 389-390.

69. FCPA, Título 15, capítulo 2B, Sección 78dd-1, a). Se citará la versión en castellano disponible en web del Departamento de Justicia de EEUU: [http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-spanish.pdf]. Última visita: 20.05.2016.

su evidente ambigüedad[70], lo que plantea una serie de dificultades interpretativas, pese a los intentos de la FCPA por definir algunos de estos términos. Al respecto se deben tener en cuenta los siguientes aspectos centrales:

a) La FCPA define expresamente lo que se deberá entender por funcionario público extranjero, como: "cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de algún departamento, dependencia o instrumento del mismo, o de una organización internacional pública, o de alguna persona que actúe a título oficial para dicho gobierno, departamento, dependencia o instrumento, o en nombre del mismo, o para dicha organización internacional pública o en nombre de la misma"[71].

Desde una perspectiva político-criminal se debe señalar que la amplitud del concepto es adecuada. Para la protección de la competencia de los actos de corrupción resulta más eficiente contemplar una hipótesis amplia de eventuales sujetos destinatarios del soborno. Lo relevante es constatar que los mismos representan al Estado, u otras organismos internacionales y que, a través de un abuso de su poder decisorio[72], es decir, actuando en forma incompatible a los deberes de su cargo, puedan alterar las reglas del juego en el ámbito de las transacciones comerciales en las que toman parte, ya sea en forma directa o indirecta, por ejemplo, ejerciendo una influencia indebida en otros funcionarios que tengan tal poder decisorio. Por lo mismo se comprende que se incluyan dentro de la prohibición del soborno no solamente a tales funcionarios, sino que también a partidos políticos extranjeros, funcionarios de tales partidos o candidatos a un cargo político. Es evidente que por los vínculos que pueden tener los mismos con los funcionarios de los gobiernos de turno u otras autoridades políticas, podrían incidir en que terceros obtuvieran ventajas comparativas indebidas en la obtención o la mantención de un negocio.

Pero además, tal decisión es coherente si se piensa que lo que se pretende es proteger la competencia de determinada forma de agresión, es decir, la

70. Expresamente al respecto, SHINGLER (2013), p. 541, de acuerdo con la cual la mayor parte del lenguaje utilizado por este instrumento es sumamente amplio y ciertos elementos son particularmente controversiales.

71. FCPA, Título 15, capítulo 2B, Sección 78dd-1, f), 1), A), o dependiendo del destinatario de la prohibición, Sección 78dd-2, h), 2), A) y Sección 78dd-3, f), 2), A). Debido a que el contenido de tales definiciones es prácticamente el mismo en las tres secciones en adelante se optará por citar solo una de éstas a modo de ejemplo.

72. Adherimos así a lo sostenido por KINDHÄUSER (2007), p. 6-7, en relación a los elementos de la corrupción.

corrupción. Para que estemos frente a un acto de corrupción es fundamental que se pretenda influir en un sujeto que deba actuar en representación de los intereses de otro, ya sea un Estado extranjero o una organización internacional pública, con el propósito de que abuse de tal poder de representación, específicamente su poder decisorio, priorizando intereses diversos e incompatibles con los de su representado[73].

b) Como señala Benito Sánchez, se exige un "vinculo de territorialidad" entre el país del funcionario que recibe el soborno y los Estados Unidos. Por tal razón este instrumento requiere que se cumplan ciertos requisitos como la utilización del correo u otros medios de comercio interestatal para realizar el ofrecimiento del soborno o la entrega de la ventaja indebida[74].

c) De acuerdo a Loughman y Sibery, "cualquier cosa de valor" ha sido interpretado en forma amplia pudiéndose incluir en tal categoría el dinero en efectivo, regalos "espléndidos" o "dadivosos" o gastos de entretenimiento, contribuciones impropias o ilícitas a campañas políticas, becas escolares, viajes familiares, pagos excesivos por la prestación de servicios o la asignación de precios bajo el mercado por activos[75]. Pacini sostiene que en la actualidad se considera que satisfacen este requisito casos como el de otorgar empleos a funcionarios públicos en calidad de consultores, los pagos por concepto de gastos de viaje, la concesión de préstamos con tasas de interés especialmente favorables, salidas a jugar golf, la entrega de equipamiento deportivo, las becas o descuentos escolares, etc.[76]

d) Uno de los elementos más relevantes de esta figura delictiva es la exigencia de un vínculo comercial respectivo (business *nexus requirement*). De acuerdo a lo sostenido por Pacini, se admite acá una interpretación amplia de este requisito. Así, por ejemplo, el término "negocios" no ha sido limitado exclusivamente a los contratos que se celebren con gobiernos extranjeros, sino más bien se ha incluido cualquier actividad comercial[77]. Destaca el caso *U.S v. Kay*,

73. Al respecto, en detalle KINDHÄUSER (2007), p. 5-6.

74. BENITO SÁNCHEZ (2012), p. 60, por lo mismo, de acuerdo a la autora "si el comportamiento corrupto se lleva a cabo enteramente en el extranjero no podría aplicarse la FCPA aunque estuviese implicado un agente estadounidense".

75. LOUGHMAN/SIBERY (2011), pos. 521.

76. PACINI (2012), p. 563. De acuerdo al autor se han incluido aquí, incluso planes de formación a oficiales chinos cuando tales programas no estaban específicamente relacionados con los negocios o productos de la empresa que otorgó el beneficio.

77. PACINI (2012), p. 568.

donde la cuestión que se plantea, y se debe resolver, es si el pago a empleados públicos haitianos para la rebaja de impuestos y aranceles locales satisfacía o no el requisito del vínculo comercial. Al respecto la Corte competente (*Fifth Circuit Court of Appeals*) considera que tales pagos si bien podrían otorgar una ventaja competitiva injusta y facilitaría que los otorgantes de tal pago obtengan o retengan negocios, no necesariamente debieran ser considerados automáticamente como pagos vinculados con la obtención o mantención de un negocio. Como lo expresa el tribunal, de la historia legislativa se desprende que el legislador pretendería extender la responsabilidad a las situaciones donde tales pagos, entendidos como una forma de soborno, pudieran mejorar las oportunidades para obtener o mantener el negocio, aparte de los casos en que derechamente permitieran su obtención o mantenimiento[78].

e) Como se describió más arriba, este instrumento no solo sanciona el soborno directo a funcionarios públicos extranjeros sino que también el pago a intermediarios para que lo hagan[79]. De acuerdo a lo señalado por Pacini, la acreditación del conocimiento de que el pago al funcionario por lo general no es un problema en los casos de soborno directo, pero sí sería un punto muy controvertido cuando se trata de la utilización de intermediarios. La FCPA prohíbe los pagos a cualquier persona a sabiendas de que todo o parte del mismo, o un artículo de valor, se ofrecerá, entregará o prometerá, directa o indirectamente, a cualquiera de los sujetos ya mencionado y con los propósitos ya descritos. En este orden de cosas la FCPA otorga una serie de criterios para determinar cuándo se entiende que un sujeto actúa a sabiendas:

78. PACINI (2012), p. 568. Como describe este autor, en Estados Unidos, la *Securities and Exchange Commission* (en adelante SEC) y el *Department of Justice* (en adelante DOJ) han continuado interpretando este requisito en forma tal que incluirían también los pagos efectuados con el propósito de influir en las decisiones gubernamentales que tengan un impacto positivo en los negocios de los acusados. En el fondo, se sancionaría tales conductas en la medida que fueran idóneas para generar ventajas competitivas indebidas respecto a otros eventuales competidores.

79. En relación a las críticas que se han efectuado a la redacción del artículo 251 bis, destaca lo señalado por FABIÁN CAPARRÓS (2010), p. 80-81, de acuerdo con el cual las autoridades chilenas habrían decidido solucionar el problema de la autoría mediante persona interpuesta a través de las reglas generales sobre autoría y participación, no siguiendo así la técnica utilizada por la OCDE en su Convención, la que castiga tanto "cuando el particular actúe personalmente como cuando lo haga mediante intermediarios". Señala que la opción chilena presentaría algunos inconvenientes vinculados a la regulación interna de la inducción y la autoría mediata.

A) Se considera que una persona "actúa a sabiendas" con respecto a una conducta, una circunstancia o un resultado si: esa persona es consciente de que se dedica a dicha conducta, que dicha circunstancia existe, o que es substancialmente cierto que dicho resultado vaya a ocurrir; o esa persona cree firmemente que dicha circunstancia existe o que es substancialmente cierto que dicho resultado va a ocurrir.

B) Cuando se requiere el conocimiento de la existencia de una circunstancia particular para un delito, se establece dicho conocimiento si una persona es consciente de que existe una gran probabilidad de la existencia de dicha circunstancia, a no ser que la persona crea realmente que dicha circunstancia no existe[80].

Siguiendo con la descripción que hace Pacini de este instrumento, se puede decir que tal definición de conocimiento es bastante más amplia que la exigencia de un conocimiento actual. En la actualidad, y como lo expone este autor, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) y el *Departament of Justice* (DOJ) estadounidense sostendrían que este requisito se cumpliría incluso para los casos en que los acusados no hayan cumplido con el debido cuidado frente a determinadas señales de alerta relativas a que un tercero pueda efectuar tales pagos indebidos. Con todo, tal estándar no sería recogido por los tribunales, para los cuales no bastaría la mera negligencia para satisfacer este requisito[81].

f) Además, este instrumento exige que el pago u ofrecimiento deba efectuarse en forma corrupta, lo que no ha sido fácil de definir. Ahondaremos especialmente en este aspecto, debido a lo relevante que resulta para la delimitación conceptual de la corrupción en este ámbito. Para esto, no solo atenderemos a lo señalado por la doctrina especializada, sino que también consideraremos los criterios que otorgan las mismas FCPA para la delimitación de lo que debiera entenderse por acto de corrupción. En este sentido, se deberá considerar los criterios negativos que contempla este instrumento a través de una excepción y dos clases de defensa.

De acuerdo a cierta doctrina, se ha interpretado como referido a la "contrariedad al Derecho del país al cual pertenece el funcionario público sobornado"[82]. Se ha sostenido también que el elemento "corruptamente" puede

80. FCPA, Título 15, capítulo 2B, Sección 78dd-1, f), 2).

81. PACINI (2012), p. 567.

82. BENITO SÁNCHEZ (2012), p. 60.

significar una variedad de cosas, entre las que se incluyen el pretender obtener algo *quid pro quo,* intentar influenciar a otro en forma impropia, actuar en contra de la ley o actuar en forma oculta o subrepticia, etc.[83]

Para resolver este problema es necesario, según nuestra opinión, tomar en consideración el lugar o papel que juega este elemento dentro de la conducta delictiva y la naturaleza que se le ha asignado al mismo. Pacini, señala que para la definición de este elemento se puede recurrir a la historia legislativa de las FCPA, de acuerdo a la cual pareciera que la mejor forma de entenderlo sería como un elemento del ánimo del agente o como un propósito determinado.

Así las cosas, la palabra corruptamente serviría para indicar que el ofrecimiento, el pago, la promesa o regalo debe efectuarse para inducir al receptor a infringir deberes propios de su cargo para beneficiar, en un sentido muy amplio, a quien efectúa el pago. En este sentido, se señala expresamente que la palabra *corruptly* implica un motivo o propósito maligno o intento de influenciar en forma negativa en tal receptor[84] para alcanzar un objetivo ilícito o incluso un fin lícito pero a través de medios ilícitos. Un buen ejemplo para entender el papel que se le asigna a este elemento está dado por el análisis que hace Green del delito de cohecho, en la medida que señala que lo único que distinguiría "el soborno de un regalo legítimo es un elemento mental de intención muy difícil de probar (o de modo aún más oscuro, un elemento de «corrupción»)"[85].

Con todo, si bien es cierto el elemento subjetivo es imprescindible a la hora de determinar si se está frente a un acto de corrupción, como es propio de la atribución de responsabilidad penal, se debe atender en primer lugar a criterios objetivos para la determinación de si la conducta en particular puede ser considerada como contraria a la prohibición respectiva. Para tales efectos, el termino corrupción no puede ser interpretado únicamente como una intención, sin antes definir qué se entenderá por "corruptamente" en el ámbito

83. LOUGHMAN/SIBERY (2011), pos. 545. Ver también, PACINI (2012), p. 549.

84. PACINI (2012), p. 562. En este orden de cosas, el autor mencionado da cuenta de la interpretación que se le ha otorgado a este término en algunos casos emblemáticos como, por ejemplo, *United States v. Liebo*, en donde se instruye al jurado acerca del significado de este término en forma tal que se indica que el ofrecimiento, promesa de pago, pago, o la autorización para el pago debe estar dirigida, entre otros casos, a que el receptor abuse de su oficio u posición oficial lo que se lleva a cabo en forma corrupta si se hace en forma intencional y voluntaria y con un "mal propósito" de alcanzar ya sea un fin ilícito o un fin lícito pero a través de medios ilícitos.

85. GREEN (2013), p. 257.

objetivo. De acuerdo a lo que hemos venido sosteniendo, este término está vinculado necesariamente a la desnaturalización de determinada función de representación de intereses de otro a través del abuso de un poder decisorio. Por lo mismo, y como se analizará más adelante, para la delimitación del comportamiento prohibido se debe atender a si el soborno está dirigido o no a que el funcionario respectivo abuse de su poder decisorio, es decir, que actúe en forma incompatible con los intereses que debe representar, o para que un intermediario u otro, como un funcionario de un partido político, incidan en que estos actúen de una determinada forma. Tal punto de partida será fundamental para entender las posibilidades de defensa frente a la imputación de un acto de corrupción.

g) Como se señaló más arriba, la delimitación de las conductas que son punibles de acuerdo a este instrumento solo se puede llevar a cabo una vez se consideren ciertas circunstancias que, bajo la forma de una excepción y dos defensas, imposibilitarían la sanción.

La excepción consiste en excluir de la prohibición todos los pagos a tales funcionarios cuyo propósito sea facilitar, agilizar o conseguir la realización de un acto gubernamental de rutina por parte de estos mismos (*facilitation payments*)[86].

De acuerdo a Pacini, el objeto de tal excepción es reconocer el hecho de que en ciertos países, el pago de pequeñas cantidades para facilitar los negocios (*grease payments*) debe ser considerado como parte de los "costos de hacer negocios"[87], o como sostiene Shingler, esta excepción permitiría a los empresarios estadounidenses operar en el extranjero pagando pequeñas cantidades para posibilitar las operaciones diarias de su negocio en los casos en que las mismas podrían no ocurrir sin estos pagos[88].

86. FCPA, Título 15, capítulo 2B, Sección 78dd-1, b): Excepción a la acción gubernamental de rutina

    Las subsecciones a) y i) de esta sección no se aplicarán a ningún pago de facilitación ni agilización a un funcionario extranjero, partido político o autoridad del partido cuyo propósito es agilizar o asegurar el desempeño de una acción gubernamental de rutina por parte de un funcionario extranjero, partido político, o autoridad del partido.

87. PACINI (2012), p. 569. De acuerdo a este autor, esta excepción fue creada en 1988, debido al reclamo de ciertas empresas porque los negocios internacionales se verían mermados en forma sustancial sin este tipo de pagos.

88. SHINGLER (2013), p. 544.

Como resulta obvio, una de las principales preocupaciones en este sentido es otorgar criterios para diferenciar pagos prohibidos de aquellos que deben entenderse como la excepción, ya que, si se toma en consideración el carácter amplio con el cual se ha interpretado el requisito de la "vinculación comercial", estos pagos podrían perfectamente considerarse como aquellos que facilitan la obtención o mantenimiento de un negocio. Strauss clarifica que tal excepción tiene por objeto facilitar la ejecución de ciertas tareas gubernamentales[89], consideradas como "de rutina" y que se encuentran ejemplificadas en el mismo instrumento[90]. De acuerdo a este autor, nunca podrán considerarse como actos de rutina aquellos en que el oficial extranjero ejerza facultades discrecionales propias de su cargo[91]. Al respecto la FCPA al menos otorga un criterio negativo relativo a los casos que no podrían considerarse, bajo ningún caso, como actos de rutina:

La expresión "acción gubernamental de rutina" no incluye ninguna decisión que tome un funcionario extranjero de adjudicar nuevos negocios a una parte en particular, o en qué condiciones, o de seguir realizando negocios con dicha parte, ni cualquier medida que tome un funcionario extranjero que participe en el proceso de toma de decisiones para instar a que se tome una decisión de adjudicar nuevos negocios a una parte en particular o de seguir realizando negocios con la misma[92].

Como señala Pacini, la historia legislativa proveería de cuatro criterios para resolver este problema, vinculados, principalmente a la constatación del fin que perseguiría el pago respectivo. Así, pertenecerían a la categoría de pagos

89. STRAUSS (2013), p. 241.

90. Al respecto, dispone la FCPA en Título 15, capítulo 2B, Sección 78dd-1, f), 3), A): El término "acción gubernamental de rutina" significa solamente una acción que de ordinario y por lo común la desempeña un funcionario extranjero para:

    i) obtener permisos, licencias u otros documentos oficiales para que una persona pueda realizar actividades comerciales en un país extranjero;

    ii) tramitar documentos gubernamentales, como visas y órdenes de trabajo; iii) proporcionar protección policial, recolección y entrega de correspondencia o programación de inspecciones relacionadas con el desempeño contractual o inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes a través del país;

    iv) proporcionar servicios de teléfono, energía y agua; servicios de carga y descarga; protección de productos o artículos perecederos contra el deterioro; o

    v) realizar acciones de índole similar.

91. El término utilizado por el autor es *official discretion,* STRAUSS (2013), p. 241.

92. FCPA, Título 15, capítulo 2B, Sección 78dd-1, f), 3), B).

ilícitos: a) los efectuados con el propósito de alterar el proceso de toma de decisión discrecional con el objeto de aumentar o mejorar los negocios del oferente; b) los inusualmente altos o elevados en relación a la gestión desplegada por el funcionario; c) aquellos que directamente puedan afectar la "competencia en los contratos" con el gobierno; d) los otorgados a cambio de servicios por los cuales el sobornado no tenga derecho[93]. De acuerdo a lo sostenido por Strauss, debido a lo vago que resultan estos criterios y la rigurosa persecución en Estados Unidos, los acusados por este delito son reacios a alegar esta excepción. A lo anterior se le sumaría el hecho de que por lo general tales pagos estarían, a su vez, prohibidos y muchas empresas estarían prohibiéndolos expresamente para evitar correr el riesgo de malos entendidos, los que se darían, la mayoría de las veces, debido a las exigencias relativas al control contable propias de la FPCA y lo vago que resultarían tales reportes en estos casos. Todo lo anterior ha derivado en que parte de la doctrina dude acerca de la conveniencia de seguir considerándolos como una excepción a los casos de pagos ilícitos[94].

Así, por ejemplo, y ampliando el rango de la regulación internacional de la prohibición de la corrupción en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales, se debe señalar que la *Bribery Act* de 2010 del Reino Unido no contempla tal excepción[95] y que incluso la misma OCDE revierte el tratamiento que hacía de esta situación, ya que en 1997 la permitía expresamente. Como señala Strauss, este organismo sostiene doce años después, que tales pagos eran corrosivos para el Estado de Derecho y para el desarrollo sustentable, especialmente de los países en desarrollo. Una lucha efectiva y "vigorosa" contra la corrupción suponía, entonces, evitar la permisión de tales pagos. Por lo mismo la OCDE instruye a sus miembros a tomar medidas periódicas y revisar sus políticas relativas a tales pagos con el objeto de poder combatir efectivamente tal fenómeno. Asimismo, se incentiva a que los países miembros motiven a sus empresas para que prohíban o desincentiven estos pagos a través de sus procesos de control internos, programas de cumplimiento o códigos de ética o conducta, debido a que se reconoce que estos pagos están prohibidos en la mayoría de los países[96].

Al respecto, podemos sostener que si bien es cierto conviene evitar incluir los pagos para facilitar trámites como una excepción genérica ya que podría

93. PACINI (2012), p. 569.

94. STRAUSS (2013), p. 258.

95. Ver al respecto, RICHARD (2014), p. 427; LOUGHMAN/SIBERY (2011), pos. 876.

96. STRAUSS (2013), p. 248.

servir para defraudar la prohibición de los actos de corrupción, sí podría considerarse como excepción aquellos pagos efectuados con el solo propósito de posibilitar que un funcionario público lleve a cabo las labores propias de su cargo en aquellos casos en que si no se realiza tal pago la labor simplemente no podría ejecutarse por razones no imputables al sujeto que paga.

Piénsese por ejemplo, en un empresario extranjero que desea participar en el proceso de licitación para la adjudicación de un contrato con el Estado respectivo de cierta obra. Dentro del proceso requiere la certificación de haber sido acompañados en el tiempo oportuno los antecedentes necesarios. Sin embargo, el funcionario público competente no cuenta en ese momento por falta de fondos con la implementación para cursar tal certificado, el cual constituye un requisito esencial para poder seguir participando en el resto del proceso de licitación. Frente a dicha situación, el empresario le otorga una suma de dinero con el propósito de solucionar el problema, para así obtener en breve la certificación respectiva.

Se puede suponer que tal pago no está autorizado por ordenamiento jurídico respectivo. Pero en tales casos, no podría sostenerse que se trate de un verdadero acto de corrupción si efectivamente se realizan con el solo propósito de posibilitar que el funcionario realice las labores propias de su cargo, sin que lo anterior genere una ventaja indebida en relación al resto de los interesados en el negocio. Esto, en la medida que no posibilita la desnaturalización de la pauta ideal de conducta que debiera seguir el funcionario público respectivo. A tal conclusión podría haberse arribado igualmente sin existir tal excepción, debido a que quien paga con tal propósito no lo hace "corruptamente" como lo exige la FCPA.

El instrumento analizado dota a los acusados de dos eventuales defensas que pueden hacer valer ante los tribunales a modo de respuesta frente a la imputación[97]. El foco de éstas, según lo señalado por Strauss, es dar cuenta de una serie de hechos que puedan incidir en que los pagos efectuados (o la respectiva promesa) debieran ser considerados como legítimos[98]. La primera de estas posibilidades de defensa es sostener que el pago efectuado al funcionario público extranjero fue lícito en el país respectivo (*legality of the payment*), la

97. Una buena forma de identificar la diferencia con la excepción ya descrita (pagos por actos de rutina) es considerar lo señalado por PACINI (2012), p. 572: "Las defensas afirmativas son solo eso: no son excepciones. La parte acusada por la violación de la FCPA debe probar que los pagos satisfacen la defensa afirmativa".

98. STRAUSS (2013), p. 243.

segunda consiste en alegar que el gasto fue efectuado de buena fe (*bona fide expenditure*).

En relación a la primera de éstas, si el pago está autorizado en el país que representa el respectivo funcionario, la conducta no podría ser considerada un delito[99]. Esta posibilidad no siempre fue pacífica en el marco de la evolución de este instrumento, ya que la legalidad del pago no necesariamente debe determinarse de acuerdo a estándares distintos de los propios de los Estados Unidos. Como explica Nieto, "en su versión original la FCPA pretendía que las empresas multinacionales americanas actuasen en el extranjero con los mismos patrones morales que lo hacían en el interior, y exportaran de este modo la moral de los negocios norteamericana...".[100] Con todo, luego de la reforma respectiva efectuada en 1988 cambia tal punto de partida y se determina la legalidad del pago en razón de lo permitido en el país en el que se efectúa.

Eso sí, y como se desprende de este instrumento, la defensa solo podría ser esgrimida en caso de que el pago respectivo se efectúe de acuerdo a la normativa escrita del país donde se efectúan las relaciones comerciales, por ende, no puede ser alegada en caso de que el pago se haya efectuado de acuerdo a las costumbres o las prácticas asentadas del mismo[101].

Con el objeto de comprender el alcance de esta defensa resulta útil considerar lo decidido en el caso *United States v. Kozeny*[102], en el cual se debió resolver el siguiente supuesto de hecho: Kozeny efectuó una serie de pagos a funcionarios públicos de Azerbaiyán con el objeto de incentivar el proceso de privatización de la empresa nacional de petróleo y así poder participar de tal proceso. La defensa del acusado argumenta que el pago efectuado fue legal bajo los parámetros de la ley local, debido a que en este país se excluiría

99. Incluso este instrumento lo contempla de la siguiente manera: "El pago, regalo, ofrecimiento o promesa de cualquier cosa de valor que se haya hecho sea legítimo en virtud de las leyes y reglamentos escritos del país del funcionario extranjero, partido político extranjero o funcionario de ese partido o candidato". Ver, desde una perspectiva histórica, NIETO MARTÍN (2003), p. 12-13, donde describe cómo en el gobierno de Reagan se modifica la FCPA con un objetivo indudablemente limitador. Por una parte, "el tipo subjetivo se reduce a los supuestos claramente intencionales y, de otro, se admiten más casos de pagos justificados", p. 13.

100. NIETO MARTÍN (2013), p. 13.

101. PACINI (2012), p. 571.

102. Información extraída de STRAUSS (2013), p. 243. El caso puede consultarse en la web: [www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/06/01/2011-12-14-kozeny-v-opinion-second-circuit.pdf]. Última visita: 20.05.2016.

la responsabilidad en tales clases de delitos si quien había efectuado el pago denunciaba el hecho ante el Presidente de Azerbaiyán. De acuerdo al Código penal respectivo los sujetos que hayan otorgado un soborno estarán exentos de responsabilidad penal si se trataren de víctimas de extorsión por parte de quien les solicita el pago o para los casos en que, después de haber sobornado, reporten voluntariamente lo ocurrido. Para este caso el tribunal estadounidense resolvió que no podía excluirse la responsabilidad si efectivamente se había infringido el ordenamiento jurídico del país extranjero, pero no se había producido la persecución penal por aplicación de otras disposiciones jurídicas.

Este punto es central porque demuestra que el foco está colocado en la licitud del pago desde la perspectiva de los intereses protegidos por esta normativa. Esto es, el de las condiciones adecuadas para competir en el ámbito de las transacciones económicas internacionales. Si bien es cierto el país en particular decide no perseguir tales conductas, no lo hace por considerar que el pago es correcto o permitido, sino única y exclusivamente, como sostiene el tribunal, debido a que pretende generar incentivos para poder perseguir al funcionario público que acepta o solicita pagos no autorizados[103].

Pero además, esta defensa debe ser considerada como coherente en la medida que la constatación de que se ha efectuado un pago en forma autorizada por el ordenamiento jurídico respectivo, impide considerar el mismo como efectuado en forma corrupta debido a la exigencia de que el mismo pago pueda servir como una razón para actuar en forma incompatible con los intereses que el funcionario debe representar. Por lo mismo, no puede ser considerado como un acto de corrupción un comportamiento dirigido a que el funcionario actúe de acuerdo con sus posibilidades legítimas de actuación.

Si bien es cierto no se relaciona con la defensa analizada, el fallo en comento es sumamente importante en la medida que establece que los casos de verdadera extorsión no pueden caber bajo la prohibición de la FCPA, justamente porque tales actos no pueden ser entendidos, a su vez, como actos de corrupción por parte del destinatario de la prohibición. Para tales efectos, el tribunal sostiene que es muy distinto acceder a pagar a un funcionario extranjero con el objeto de poder entrar a competir a un mercado o para obtener un contrato, que pagar para evitar, por ejemplo, que se dinamite una plataforma petrolífera, caso que debiera ser considerado como "verdadera extorsión"[104]. De acuerdo al razonamiento del tribunal el motivo por el cual se podría sancionar en el

103. SHINGLER (2013), p. 244.

104. STRAUSS (2013), p. 244.

primer caso y no en el segundo, es que quien paga no podría sostener que no tuvo la intención de sobornar al funcionario ya que tomó una "decisión consciente" de pagarle. Como sostiene el tribunal en el primer ejemplo, quien paga "podría haber dado media vuelta y alejarse del lugar", lo que no sucede en el segundo caso. Como es obvio, quien actúa coaccionado actúa por tal motivo y no en forma corrupta.

Junto a la defensa anterior se incluyen, también como defensa positiva, la denominada como *bona fide expenditure defense,* de acuerdo con la cual se puede responder por parte del acusado que los gastos efectuados "a título de regalo, ofrecimiento o promesa de cualquier cosa de valor" deben ser considerados como razonables y efectuados de buena fe con el objeto de promocionar, demostrar o explicar productos o servicios. También se incluirían dentro de esta defensa aquellos pagos efectuados de la misma manera, pero con el objeto de ejecutar o realizar un contrato con un gobierno extranjero u organismo de éste. Como explica Shingler, esta defensa plantea algunos problemas interpretativos relativos principalmente a la determinación de cuándo los gastos efectuados para generar relaciones comerciales o beneficios futuros se transforman derechamente en soborno[105]. Señala que el problema que se presenta para delimitar el contenido de esta defensa es que no podría ser considerado como una regla que especifique claramente, al menos en este caso, cuál sería la conducta permitida, sino que adoptaría más bien la naturaleza de un estándar , el que simplemente establecería una guía general tanto a los órganos persecutores como al eventualmente acusado por estos cargos sin especificar en forma detallada que es lo ordenado o lo prohibido. Debido al escaso pronunciamiento de los tribunales respecto a esta defensa, tampoco se habrían generado los precedentes suficientes como para dotarla de un contenido más preciso[106].

Con todo, uno de los principales problemas que se ha presentado en la práctica, en relación con tal defensa, es que se podría utilizar para esconder pagos excesivos que efectivamente debieran ser considerados como soborno,

105. SHINGLER (2013), p. 551. Para tales efectos considera que se puede atender a la opinión del DOJ, sobre todo porque este aspecto tampoco habría sido muy abordado por la jurisprudencia. Con todo, estas opiniones que emite el DOJ solo se aplicarían para los raros casos en que las empresas deciden, la mayoría de las veces en forma anónima y alterando los hechos, efectuar las consultas respectivas a este organismo.

106. SHINGLER (2013), p. 556. A su vez, también da cuenta de los eventuales problemas de establecer un sistema de regulación a través de una regla, p. 556-557.

bajo la categoría de pagos razonables para la promoción de un producto o negocio[107]. Al respecto Pacini, da cuenta que en el caso *U.S v. Metcalf & Eddy, Inc.*, el DOJ considera que los gastos efectuados en dos ocasiones consistentes en viajes en primera clase y en instalaciones hoteleras de lujo para un funcionario público egipcio y su familia no podían ser considerados como razonables[108].

Para resolver tales problemas se debe atender, a nuestro juicio, a criterios similares que los utilizados con anterioridad. Si lo relevante es evitar que las reglas de la competencia se vean alteradas debido a actos de corrupción, un desarrollo adecuado de este último término serviría para delimitar en forma más precisa esta defensa. Para sostener que estamos frente a un acto de corrupción se requiere, en todo caso, que el pago o beneficio se efectúe para que el funcionario respectivo actúe en forma incompatible con los intereses de quienes representa. Lo anterior explica que ciertos gastos en los que haya incurrido la empresa para la obtención del negocio no puedan ser consideramos como actos de corrupción en la medida que se hayan efectuado con el objeto de permitir la negociación respectiva dentro de los márgenes que permite el ordenamiento jurídico extranjero respectivo. Así, por ejemplo, los gastos necesarios para un conocimiento acabado del producto y su producción no debieran ser considerados como incompatibles con intereses que representa el funcionario si de lo que se trata es de elegir la mejor oferta. Las mismas reglas del juego relativas a la obtención de tales negocios permiten tales gastos. Distinto es el caso de que tales gastos excedan los meramente necesario para una toma de decisión informada, como, por ejemplo, gastos excesivos de entretenimiento, favores personales, productos ajenos al negocio y cuyo beneficiario sea quien debe tomar la decisión o relacionados al mismo, etc. En tales casos el gasto deja de ser necesario para la ejecución de su labor y pasan a ser un verdadero soborno para incidir en un eventual abuso del poder decisorio del funcionario.

Como se desprende de la breve descripción que se ha efectuado de la FCPA, la tendencia internacional en la actualidad para la prevención de la corrupción

107. Al respecto, PACINI (2012), p. 572. Ver también SHINGLER (2013), p. 546, de acuerdo con la cual ésta no sería una verdadera defensa sino más bien otorgaría la oportunidad (la autora habla de *safe harbor* término común en el lenguaje jurídico angloamericano), para que las empresas prueben que el pago no se efectuó con una intención corrupta. De acuerdo a la autora si la persecución logra acreditar el ánimo corrupto se excluiría la buena fe del pago.

108. PACINI (2012), p. 572. Información adicional del caso se puede extraer en la web: [www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-sec-v-metcalf-eddy-inc-court-docket-number-99-cv-12566-ng]. Última consulta: 20.05.2016.

en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales, es a establecer prohibiciones relativamente amplias y reconocer una serie de factores que deben ser tenidos en cuenta, relativos principalmente a la realidad local, pero también vinculados a las reglas del juego en el ámbito económico respectivo, que permitirían determinar cuándo se estaría frente a un acto de corrupción y cuándo, por el contrario, a conductas permitidas.

Ahora, si bien no cabe duda que la corrupción puede poner en entredicho una gran variedad de intereses en el ámbito económico, esto no significa que se pretenda proteger todos estos a través del Derecho penal. A éste no le corresponde, por ejemplo, proteger las meras condiciones para el desarrollo económico de un país, a través de la prohibición de conductas que puedan incidir en la disminución de la inversión extranjera[109]. Si bien es cierto se ha sostenido que la corrupción podría minar la confianza necesaria para fomentar la inversión no sería éste un interés digno de protección para el Derecho penal.

Ahora, si se analiza la potencialidad lesiva del cohecho a funcionarios públicos extranjeros, se podrá constatar que la preocupación que está detrás de la criminalización de esta conducta tendría que ver más bien con evitar los efectos distorsionadores de la competencia económica que podría traer aparejada. En suma, lo que se pretende proteger por esta prohibición son ciertas expectativas de los competidores en su trato con los funcionarios públicos extranjeros, en forma tal que las condiciones para la obtención o el mantenimiento de un negocio no se vean desvirtuadas por actos de corrupción que incidan en que unos generen ventajas comparativas ilícitas por sobre otros. Desde la perspectiva de la protección de la competencia, lo que interesa ahora es la protección de expectativas mínimas de participación y acceso a los negocios frente a ataques que parecen especialmente intolerables.

4. Conclusión

A modo de conclusión, solo queda por señalar que los desafíos que se presentan para el Derecho penal no son pocos. Como ha quedado de manifiesto, una respuesta adecuada a este fenómeno exige considerar su potencialidad lesiva en toda su extensión. No basta entonces, con la prohibición de aquellos actos que puedan poner en entredicho el correcto funcionamiento de la

109. En forma similar, FEIJOO SÁNCHEZ (2009), p. 5, de acuerdo con el cual el Derecho penal económico no puede ser entendido como Derecho económico que se sirve de las penas para conducir la economía.

función pública sin tomar en cuenta aquella gama de comportamientos considerados como especialmente graves y que, además, pueden afectar intereses vinculados con las posibilidades de participación en el ámbito económico. Esta es una buena razón, por ejemplo, para examinar, al menos, la necesidad de incriminar actos de corrupción que puedan manifestarse en el ámbito exclusivamente privado, en la medida que tales conductas puedan afectar seriamente las condiciones esperadas para la competencia.

Pero a su vez, ha quedado en evidencia que la corrupción ya no puede enfrentarse únicamente como un fenómeno local sin atender a la dimensión global o trasnacional de la misma. A través del análisis de los principales problemas que se han presentado para la práctica estadounidense se ha podido detectar una serie de aspectos que reflejan la complejidad del fenómeno analizado. Como se pudo observar a través de la detección de espacios de ambigüedad en la prohibición del soborno a funcionarios públicos extranjeros de acuerdo a la FCPA, definir qué debe ser entendido corrupción o, más bien, por actos de corrupción, no es una tarea fácil, por lo que resulta imperiosa la necesidad de un mayor desarrollo y delimitación de este concepto por parte de la doctrina penal.

5. Bibliografía citada

ABED, George T.; DAVOODI, Hamid R. (2002): Corruption, Structural Reforms, and Economic Performance in the Transition Economies, en: ABED, George T.; SANJEEV, Gupta (Edit.). *Governance, Corruption and Economic Perfonmance* (Washington, International Monetary Fund).

ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael (2010): The New Economics of Corruption: A Survey and Some New Results, *Political Studies*, XLV, 1997.

AIDT, Toke S. (2003): Economic Analysis of Corruption: A Survey, en: *The Economic Journal,* v. 113, n. 491.

ALCALE SÁNCHEZ, María (2014): La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español, en: *Diritto penale contemporáneo*, n. 3-4.

ALONSO, José Antonio; GARCIMARTÍN, Carlos (2011): Causas y consecuencias de la corrupción: una revisión de la literatura, en: ALONSO, José Antonio; MULAS-GRANADOS, Carlos (Dir.). *Corrupción, Cohesión social y desarrollo*. El caso de Iberoamérica (México DF, Fondo de Cultura Económica).

ÁLVAREZ, Silvina (2007): Corrupción y correcciones políticas, en: ZAPATERO, Virgilio (Comp.), *La corrupción* (México DF, Ediciones Coyoacán).

ARTAZA, Osvaldo (2016): La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho, en: *Política Criminal*, n. 21.

BALMACEDA, Gustavo; CASTRO, Carlos (2015): Corrupción *y delitos contra la administración pública* (Santiago, Librotecnia).

BAUTISTA, Oscar Diego (2014): Globalización y corrupción. Previniendo la corrupción en Iberoamérica mediante la ética pública en los albores del siglo XXI, en: *Dilemata*, año 6, n. 15.

BENITO SÁNCHEZ, Carmen (2012): *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales* (España, Iustel).

BOLEA BARDÓN, Carolina (2013): El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes, en: *In Dret. n.* 2.

BRAGUINSKY, Serguey (1996): Corruption and Schumpeterian Growth in Different Economic Environments, *Contemporary Economic Policy*, (v. XIV, July).

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2014): Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de *lege ferenda*, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 21, n. 2.

CASTALDO, Andrea; NADDEO, Marco (2010): *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio* (Padua, CEDAM).

CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos (2004): Corrupción, globalización y delincuencia organizada, en: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coord.), *La corrupción en un mundo globalizado*: análisis interdisciplinar (Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica).

CHANDLER, Raymond (1990): El sueño eterno (Madrid, Debate).

CRITES, D. Michael (2012): The Foreign Corrupt Practices Act at Thirty-Five: A Practitioner's Guide, en: *Ohio State Law Journal*, v. 73:5.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro (2002): La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español, en: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Dr. José Cerezo Mir (Madrid, Tecnos).

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (2003): Iniciativas internacionales contra la corrupción, *Eguzkilore*, en: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 17.

DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2007): El Derecho penal ante la corrupción política y administrativa, en: ZAPATERO, Virgilio (Comp.), *La corrupción* (México DF, Ediciones Coyoacán).

DI NICOLA, Andrea (2002): La criminalitá economica organizzata: implicazioni di politica penale, en: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*.

DREHER, Axel; SCHNEIDER, Friedrich (2010): Corruption and the Shadow Economy: An Empirical Analysis, en: *Public Choice*, 144.

FABIAN CAPARROS, Eduardo (2010): La Corrupción de Funcionario Público Extranjero en el Derecho Penal Chileno a la Luz del Convenio de la OCDE de 1997 (Aspectos Sustantivos), en: CHEYRE, Juan Emilio; OLIVARES TRAMÓN, José Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (Coord.), *Chile en el Club de los países desarrollados* (España, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile).

FARALDO CABANA, Patricia (2001): Hacia un delito de corrupción en el sector privado, en: *Estudios penales y criminológicos,* n. 23.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2009): Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos, en: *InDret* n. 2.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2000): La "empresa criminal": Los "delitos de comercio" ilícito como factor de aparición del fenómeno del "blanqueo de capitales", en: *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, n. 5.

FERRAJOLI, Luigi (2009): Criminalidad y globalización, en: CARBONELL, Miguel; VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.), *Globalización y Derecho* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2014): Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control de la corrupción, en: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CALATAYUD, Manuel (Dir.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos* (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha).

GÓMEZ, Carlos Mario (2007): El análisis económico de la corrupción, en: ZAPATERO, Virgilio (Comp.), *La corrupción* (México DF, Ediciones Coyoacán).

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2008): Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?, en: *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales,* n. 74.

GREEN, Stuart (2013): *Mentir; hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons).

GUPTA, Sanjeev; DAVOODI, Hamid; ALONSO-TERME, Rosa (2002): Does Corruption Affect Income Inequity and Poverty?, en: ABED, George T.; SANJEEV, Gupta (Edit.), *Governance, Corruption and Economic Perfonmance* (Washington, International Monetary Fund).

HALLER, Dieter; SHORE, Cris (Edit.) (2005), *Corruption*. Anthropological Perspectives (Londres, Pluto Press).

HEFFERNAN, William C.; KLEINIG, John (Edit.) (2004): *Private and Public Corruption* (Lanham, Rowman and Littlefield Publishers).

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2010), El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* v. XXVII, 2. semestre.

HODGSON, Geoffrey M.; JIANG, Shuxia (2007): The economics of corruption and the corruption of economics: an institutionalist perspective, *Journal of Economic Issues*, v. XLI, n. 4.

HOLMES, Leslie (2015), *Corruption.* A very short Introduction (Oxford, Oxford University Press).

JOHNSTON, Michael (2014): *Corruption, contention and reform.* The power of deep democratization (Cambridge, Cambridge University Press).

KINDHÄUSER, Urs (2007): Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad, Los delitos de corrupción en el Código penal alemán, en: *Política Criminal*, n. 3, A1.

KOEHLER, Mike (2010): The Foreign Corrupt Practices Act in the Ultimate Year of Its Decade of Resurgence, en: *Indiana Law Review*, v. 43.

LAUDATI, Antonio (2003): Criminalità organizzata e riciclaggio, en: PATALANO, Vincenzo (Edit.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale* (Turín, Giappichelli).

LO MONTE, Elio (2003): Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività, en: PATALANO, Vincenzo (Edit.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale* (Turín, Giappichelli).

LOUGHMAN, Brian P.; SIBERY, Richard A. (2011): *Bribery and Corruption:* Navigating the Global Risks (Kindle Ed.).

MALEM SEÑA, Jorge (2007): Corrupción, racionalidad y educación moral, en: ZAPATERO, Virgilio (Comp.), *La corrupción* (México DF, Ediciones Coyoacán).

MAURO, Paolo (1997): The Effect of Corruption on Growth, Investment and Government Expenditure: A Cross-Country Analysis, en: *Corruption and the Global Economy,* Institute of International Economics.

MONTANARI, Marco (2012): La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali, en: *Diritto penale contemporáneo* ss. Ver en [www.penalecontemporaneo.it/upload/1341134726Montanari%20-%20DPC.pdf].

MORALES QUIROGA, Mauricio (2009): Corrupción y democracia, América Latina en perspectiva comparada, en: *Gestión y Política Pública*, v. XVIII, n. 2.

MULAS-GRANADOS, Carlos (2011): Indicadores de corrupción en Iberoamérica, en: ALONSO, José Antonio; MULAS-GRANADOS, Carlos (Dir.), *Corrupción, Cohesión social y desarrollo.* El caso de Iberoamérica (México DF, Fondo de Cultura Económica).

MURIEL PATINO, María Victoria (2004): Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción, en: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coord.), *La corrupción en un mundo globalizado*: análisis interdisciplinar (Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica).

NIETO MARTÍN, Adán (2003): La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal pude tener de vez en cuando algún efecto positivo), en: *Revista Penal,* n. 12.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2003): Ultimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley n. 19.829 de 1999), en: *Revista Chilena de Derecho*, v. 30, n. 1.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2004): Aproximación al delito de cohecho, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 5.

PACINI, Carl (2012): The Foreign Corrupt Practices Act: Taking a bite out of bribery in international business transactions, en: *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 17, Issue 2.

PELIZZO, Riccardo; STAPENHURST, Frederick, (2014): *Corruption and Legislatures* (Nueva York, Taylor and Francis).

PLANTAMURA, Vito (2007): Ecomafia, reati associativi e diritto penale dell'economia, en: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia.*

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno.* Parte Especial. 2. ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RICHARD, Samuel B. (2014): To Bribe a Prince: Clarifying Foreign Corrupt Practices Act Through Comparisions to the United Kingdom´s Bribery Act of 2010, en: *Boston College International and Comparative Law Rewiew,* v. 37/2.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2004): Delimitación del concepto penal de corrupción, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* v. XXV.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDÓN WIDOW, Magdalena (2008): *Delitos contra la función pública*. 2. ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ROSE-ACKERMAN, Susan (1999): *Corruption and Goverment.* Causes, consequences, and reform (New York, Cambridge University Press).

ROSE, Cecily (2015): *International anti-corruption norms* (Oxford, Oxford University Press).

SÁNCHEZ BERNAL, Javier (2010): La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal, en: *Cuadernos del Tomás*, n. 2.

SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, Isabel (2008): Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (Coord): *Política criminal en vanguardia* (Cizur Menor, Thomson Civitas).

SANZ, Ismael; ACEVEDO, Paloma; GUERRERO, Alejandro (2011): *Educación, cohesión social y corrupción*, en: ALONSO, José Antonio; MULAS-GRANADOS, Carlos (Dir.), *Corrupción, Cohesión social y desarrollo*. El caso de Iberoamérica (México DF, Fondo de Cultura Económica).

SELIGSON, Mitchell A. (2006): The Measurement and Impact of Corruption Victimization: Survey Evidence from Latin America, en: *World Development,* v. 34, n. 2.

SEMINARA, Sergio (1995): Aspectos problemáticos en materia de *insider trading* (Trad. C. Suárez González), en: VVAA, *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann (Madrid, Boletín Oficial del Estado).

SHINGLER, Elizabeth S. (2013): The Foreign Corrupt Practices Act: A new approach to the reasonable and bona fide expenditure defense, en: *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.,* v. 7.

SHORE, Cris; HALLER, Dieter (2005): Introduction-sharp practice: anthropology and the study of corruption, en: HALLER, Dieter; SHORE, Cris (Edit.), *Corruption*. Anthropological Perspectives (Londres, Pluto Press).

SOLÍS, Luis Guillermo; ROJAS ARAVENA, Francisco (Edit.) (2008): *Crimen organizado en América Latina y el Caribe* (Santiago, Catalonia).

SOTO, Raimundo (2003): La corrupción desde una perspectiva económica, en: *Estudios Públicos,* n. 89.

STEIN, Alex (2012): Corrupt intentions: bribery, unlawful gratuity, and honest-services fraud, en: *Law and Contemporary Problems,* v. 75.

STRAUSS, Emily N. (2013): "Easing out" The FCPA facilitation payment exception, en: *Boston University Law Review,* v. 93.

SZCZARANSKY, Clara (2000): El Consejo de Defensa del Estado y el control de la criminalidad organizada y del lavado de dinero, en: POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre (Coord.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Conosur).

SZCZARANSKI, Clara (2011): *Un asunto criminal contemporáneo*. Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

TANZI, Vito, (2002): Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures, en: ABEL, George T.; SANJEEV, Gupta, *Governance, Corruption and Economic Perfonmance* (Washington, International Monetary Fund).

TANZI, Vito; DAVOODI, Hamid (2002): Corruption, Growth, and Public Finances, en: ABED, George T.; SANJEEV, Gupta (Edit.), *Governance, Corruption and Economic Perfonmance* (Washington, International Monetary Fund).

WEISS, David C. (2009): The Foreign Corrupt Practices Act, SEC disgorgement of profits, and the evolving international bribery regime: Weighing proportionality, retribution, and deterrence, en: *Michigan Journal of International Law*, v. 30.

WESTBROOK, Amy Deen (2011): Enthusiastic Enforcement, informal legislation: The unruly expansión of the Foreign Corrupt Practices Act, en: *Georgia Law Review*, v. 45, 2011.

YADAV, Vineeta (2011): *Political Parties, Business Groups, and Corruption in Developing Countries* (Nueva York, Oxford University Press).

ZALAQUETT, José (2011): Conflicto de intereses: normas y conceptos, en: *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2009): *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal (Granada, Comares).

ZYLA, Eric M. (2011): Foreign Corrupt Practices Act: A brief overview, en: *Ankara Bar Review*, v. 4.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante, de Jairton Ferraz Júnior – *RBCCrim* 134/109-135 (DTR\2017\2543);
- O controle da corrupção: a experiência espanola, de Ignacio Berdugo Gómez de La Torre e Ana Elisa Liberatore S. Bechara – *RT* 947/359-383 (DTR\2014\9959); e
- O fenômeno da corrupção como desafio às ciências criminais, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 134/17-27 (DTR\2017\2535).

Conservação e acesso a dados públicos e privados para fins penais: a normativa legal brasileira examinada desde a perspectiva da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia

Preservation and access to public and private data for criminal purposes: the Brazilian legal regulations examined from the perspective of the jurisprudence of the Court of Justice of the European Community

André Machado Maya

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS (2015). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2009). Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da *Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP).* Membro fundador e Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP), com sede na cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Assessor de Desembargador junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.
andremmaya@gmail.com

Recebido em: 12.05.2017
Aprovado em: 21.06.2017
Última versão do autor: 03.07.2017

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente ensaio se propõe a examinar as normativas brasileiras que impõem deveres de conservação de dados públicos e privados para fins penais, autorizando o acesso destes pelo Estado com o objetivo de investigar infrações criminais e garantir a segurança pública. Assim, inicia-se o estudo destacando-se as influências que os novos riscos tecnológicos operam no Direito Penal e no Processo Penal, e toma-se como paradigma os precedentes jurisdicionais da Corte de Justiça da Comunidade Europeia, na qual o debate encontra-se em estágio avançado. Ao final, analisa-se especificamente os deveres de conservação de dados e as permissões de acesso aos mesmos, como previstos nas Leis 12.683/2012, 12.850/2013 e 12.965/2014.

Abstract: The purpose of this essay is to examine Brazilian regulations that impose obligations for the preservation of public and private data for criminal purposes, authorizing their access by the State for the purpose of investigating criminal offenses and guaranteeing public safety. To this end, the study begins highlighting the influences that the new technological risks operate in Criminal Law and Criminal Procedure. In the second part, the judicial precedents of the Court of Justice of the European Community, where the debate is at an advanced stage, takes as a paradigm. In the end, the data retention duties and the access permissions are specifically analyzed, as foreseen in Laws 12.683/2012, 12.850/2013 and 12.965/2014.

Maya, André Machado. Conservação e acesso a dados públicos e privados para fins penais: a normativa legal brasileira examinada desde a perspectiva da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 61-87. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

Palavras-chave: Conservação – Dados – Segurança – Liberdade – Persecução penal.

Keywords: Preservation – Data – Safety – Liberty – Criminal prosecution.

Sumário: 1. Introdução. 2. A preeminência da segurança e a expansão do controle penal. 3. O dever de conservação geral de dados de comunicação no âmbito da Comunidade Europeia. 4. O dever de conservação e o acesso a dados pessoais públicos e privados para fins de persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. 4.1. Conservação e acesso de dados cadastrais. 4.2. Conservação e acesso a dados de comunicações eletrônicas e telefônicas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A expansão do controle punitivo do Estado por meio do Direito Penal material e adjetivo é característica marcante da sociedade contemporânea nessas primeiras décadas do século XXI. Tal afirmação é consensual entre os pesquisadores desse âmbito das ciências jurídicas, assim como o é o fundamento que conduz a essa expansão: a busca por mais segurança diante do surgimento de novos riscos inerentes ao desenvolvimento tecnológico, como também do incremento de outros perigos já conhecidos, mas agora potencializados pela complexidade das relações sociais que marcam a contemporaneidade. Diante desse cenário, o presente ensaio visa ao estudo de um importante ponto de contato entre os valores de segurança e liberdade: o dever de conservação e o acesso a dados públicos e privados para fins penais. Especificamente, o objetivo é o exame crítico dos enunciados normativos das Leis 12.683/2012, 12.850/2013 e 12.965/2014, que estabelecem a possibilidade de acesso a dados dessa natureza por parte dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Em que medida essas permissões normativas são compatíveis com as garantias fundamentais de intimidade e privacidade?

Observado esse objetivo, o trabalho desenvolver-se-á em duas partes distintas, a iniciar por uma aproximação aos fundamentos da expansão do Direito Penal material e processual. Na segunda parte do ensaio, o ponto de partida será a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, notadamente os recentes precedentes envolvendo Suécia e Reino Unido, para então, estabelecidas as premissas, centrar-se o estudo no atual estado da arte do Direito pátrio, de modo a estabelecer premissas básicas de possível interpretação constitucional dos citados enunciados normativos. A hipótese inicial é de que, identificada a necessidade de tutela penal diante dos novos riscos inerentes à sociedade contemporânea, os deveres de conservação de dados se apresentam como importante instrumento de investigação e produção de prova,

impondo-se refletir acerca dos seus limites, como forma de compatibilizá-los com as garantias individuais de intimidade e privacidade. Com esse intuito, o trabalho segue a metodologia racional dedutiva, tomando como ponto de partida o cenário de expansão da intervenção penal e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, para a partir dessas premissas examinar a normativa legal brasileira.

2. A preeminência da segurança e a expansão do controle penal

Observados os objetivos a que se propõe o presente ensaio, não se afigura possível uma abordagem específica sobre a questão do risco e seus reflexos no Direito Penal e Processual Penal. Sobre esse ponto há referenciais teóricos consolidados e consistentes no âmbito do Direito Penal[1] e de ciências afins[2]. Aos limites do presente trabalho afigura-se suficiente a constatação, como ponto de partida, de que o problema objeto deste estudo situa-se no âmbito da denominada sociedade de risco, assim consideradas as sociedades contemporâneas inseridas no contexto da globalização econômica, da integração supranacional e do constante avanço tecnológico, identificadas pela lógica de produção e distribuição do risco[3]. É nesse cenário que se estabelecem as premissas de uma política criminal orientada à segurança em detrimento de liberdades individuais, notadamente pautada (I) no surgimento de novos riscos, (II) na dificuldade de atribuição de responsabilidade penal a pessoas físicas e jurídicas, no que se refere a esses riscos, e (III) na sensação de insegurança disseminada, em especial, pela atuação da mídia no exercício desregulado da liberdade de imprensa, o que resulta potencializado pela dificuldade de compreensão do cidadão leigo acerca dos limites postos ao exercício do poder punitivo estatal no âmbito dos Estados Democráticos de Direito[4].

1. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2009.
2. BECK, Ulrick. *La sociedade del riesgo*. Hacia una nueva modernidade. Barcelona: Paidós, 1998; GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991; LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidade Iberoamericana, 2006; BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
3. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 314.
4. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciência Penal y criminologia*. n. 7, jan. 2005. p. 1-37.

Nesse contexto, a expansão do controle penal tem como pilares estruturantes a criação de novos bens jurídico-penais, a ampliação dos espaços de risco jurídico penalmente relevante, a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios políticos criminais de garantia[5], pondo em destaque uma opção por mais Direito Penal em termos quantitativos e qualitativos[6]. A concepção do Direito Penal pautado no princípio de intervenção mínima, essência do denominado modelo garantista, cede em face de uma "verdadeira demanda social de mais proteção" que pauta a sociedade nas últimas décadas[7].

O Direito Penal que dessa receita resulta, adverte Díez Ripollés,[8] é marcado pelo incremento da tipificação de condutas que atentam contra *novos* bens jurídicos de natureza coletiva, pelo predomínio dos tipos de perigo abstrato em detrimento das figuras delitivas de resultado, dada a necessidade de antecipação da intervenção penal como forma de lidar com o perigo e evitar o dano, e por significativas mudanças no sistema de atribuição de responsabilidade, como é o caso da flexibilização de garantias materiais e processuais, a partir do que são admitidas certas restrições à segurança jurídica em prol da maior efetividade da intervenção penal, do que é exemplo a crescente preferência por tipos penais em branco.

Especificamente no que importa ao objeto em estudo, a conformação de novas realidades até pouco tempo desconhecidas, como é o caso dos meios de comunicação que surgem e são aperfeiçoados de maneira constante e acelerada pela evolução tecnológica, e também a ordem econômica contemporânea, em nada semelhante ao que se conhecia há até pouco tempo, conformam os denominados novos riscos e impõem naturalmente a necessidade de tutela estatal. Trata-se de riscos tecnológicos, os quais se diferem dos riscos não tecnológicos inerentes à denominada criminalidade tradicional, de rua, e assim impõem ao Estado um novo padrão de proteção, distinto do clássico paradigma de tutela dos bens jurídicos primários, característico do Direito Penal liberal.

5. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006.
6. D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Crime e interdisciplinariedade*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012. p. 273-286.
7. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*…, cit., p. 22.
8. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana* …, cit., p. 5.

A percepção desses novos perigos é influenciada pela incerteza inerente ao desconhecido e à velocidade do avanço tecnológico. O custo da tecnologia, nesse aspecto, afeta a estabilidade – pressuposto da segurança – e, consequentemente, gera uma sensação – naturalmente subjetiva – de insegurança, a qual torna instáveis e mais pueris as relações sociais. Na abalizada doutrina de Silva Sanchez[9], a incerteza inerente ao emprego de novas técnicas e à comercialização de produtos e utilização de tecnologias cujos efeitos se desconhecem institucionaliza a insegurança. Em uma aproximação subjetiva, trata-se da ansiedade resultante da impossibilidade de se dominar o curso dos acontecimentos. Ainda na doutrina do citado autor, essa dimensão subjetiva é, sem dúvida, superior à dimensão objetiva, do risco efetivo, mas inequivocamente surte efeitos na política criminal dos Estados contemporâneos, influenciando diretamente na restrição dos riscos permitidos e na ampliação dos riscos penalmente dignos de tutela penal.

O moderno Direito Penal, então, transforma-se, abandonando sua missão primeira de evitar lesões a bens jurídicos fundamentais e assumindo a tarefa de assegurar a previsibilidade de existência da sociedade. Assim o faz ao dar primazia à técnica dos tipos de perigo abstrato, antecipando a reação diante da insegurança social que resulta da complexidade, das inovações e das mudanças estruturais nos âmbitos econômico e tecnológico. A dimensão simbólica do acautelamento do futuro e da existência humana está na antecipação da intervenção punitiva. Como consequência, a prevenção assume posição de protagonismo na política de segurança do Estado, a ponto de se falar em uma cultura preventiva relacionada ao gerenciamento dos riscos permitidos e não permitidos. A pauta da complexa sociedade contemporânea é prevenir esses riscos, e, para tanto, a intervenção penal, no âmbito material, é antecipada ao momento anterior à lesão, enquanto no âmbito processual tem como principal característica a supressão de garantias em prol de uma presumida eficácia[10].

Ao objeto do presente ensaio importa especificamente o aspecto processual da intervenção penal. A prevenção, enquanto gerenciamento de riscos, pressupõe controle, e a eficácia do controle é proporcionalmente maior quanto mais alargado for o âmbito do que possa ser controlado. Disso resulta que, com o intuito de maximizar a segurança por meio da prevenção, acentua-se a tendência de relativização das garantias individuais fundamentais, seja operando

9. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal* …, cit., p. 28 ss.

10. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, cit., p. 321.

restrições diretamente pela via legislativa, seja flexibilizando regras processuais de garantia, notadamente as relacionadas às nulidades processuais. No conflito entre liberdade e segurança, aquela cede perante esta, em uma opção a toda evidência influenciada pelos riscos e pelos medos que se apresentam.

No âmbito dos riscos tecnológicos, assim considerados todos aqueles relacionados com o avanço das tecnologias disponíveis à comunicação e a transações econômicas, a eficácia da prevenção e a segurança das relações passam diretamente pela tendência de restrição dos limites de sigilo inerente às garantias de intimidade e privacidade. Exemplo disso são as obrigações de conservação de dados impostas aos agentes financeiros e às concessionárias privadas operadoras de serviços de comunicação, bem como a ampliação das possibilidades de acesso a esses dados por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal. Em igual medida, e considerada a importância dos meios de comunicação ao problema crescente da criminalidade organizada, também na persecução penal aos delitos praticados por essas organizações criminosas, a obrigação de conservação de dados e a facilitação do acesso a eles têm sido tônicas tanto no ambiente europeu como aqui no ordenamento jurídico interno brasileiro. Ao estudo dessa questão é destinado o presente ensaio.

3. O dever de conservação geral de dados de comunicação no âmbito da Comunidade Europeia

O desenvolvimento dos novos mercados e das novas tecnologias de comunicações eletrônicas, notadamente relacionadas às tecnologias digitais avançadas disponíveis por meio da internet, se, por um lado, abre um novo campo de possibilidades comunicativas, por outro lado, traz consigo novos riscos relacionados à privacidade e à intimidade dos seus usuários, na medida em que tais redes digitais possibilitam o armazenamento e o tratamento de dados pessoais com significativa facilidade.

Com base nessa constatação, em julho de 2002, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia emitiram a Diretiva 2002/58/CE,[11] com o intuito de atualizar e adaptar a Diretiva 97/66/CE a essa nova realidade. O objetivo era "proporcionar um nível idêntico de proteção dos dados pessoais e da privacidade aos utilizadores de serviços de telecomunicações publicamente

11. COMUNIDADE EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31.07.2002. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0058]. Acesso em: 11.04.2017.

disponíveis"[12]. Em outros termos, pretendia-se com a Diretiva estabelecer medidas legislativas, normativas e técnicas aptas a proteger as liberdades fundamentais das pessoas físicas e os interesses legítimos das pessoas jurídicas, harmonizando as previsões normativas dos Estados-membros como forma de "evitar obstáculos ao mercado interno das comunicações eletrônicas"[13].

Dessa forma, a Diretiva estabelece que os prestadores de serviços de comunicação devem adotar as medidas necessárias para garantir a segurança desses serviços, evitando o acesso desautorizado às comunicações efetuadas por meio das redes públicas de comunicação, e assegurando a confidencialidade dessas comunicações, nisso incluída a confidencialidade dos dados de tráfego, de localização e demais informações correlatas. Para tanto, consta do seu artigo 5º que os Estados-membros devem proibir a escuta, a instalação de dispositivos destinados a essa finalidade, o armazenamento ou outras formas de interceptação ou vigilância de comunicações e dos respectivos dados de tráfego por pessoas que não os utilizadores, sem o seu consentimento, exceto quando legalmente autorizados a fazê-lo. Já o artigo 6º dispõe que esses dados "devem ser eliminados ou tornados anônimos quando deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação", enquanto o artigo 8º trata da apresentação e restrição da identificação da linha chamadora e da linha conectada, impondo aos prestadores de serviço a obrigação de disponibilizar aos usuários instrumentos de fácil utilização que permitam impedir a identificação da chamada, bem como rejeitá-la. O artigo 9º, por sua vez, trata dos dados de localização, disciplinando que eles "só podem ser tratados se forem tornados anônimos ou com o consentimento dos utilizadores ou assinantes, na medida do necessário e pelo tempo necessário para a prestação de um serviço de valor acrescentado".

Esse regramento, naturalmente, destina-se a regulamentar as relações havidas no âmbito do direito comunitário europeu, não alcançando todas as demais que extrapolem esse âmbito, como é o caso das atividades ilícitas. Assim, como destacado na própria Diretiva, não se opera com essa normativa nenhuma alteração no "equilíbrio existente entre o direito dos indivíduos à privacidade e a possibilidade de os Estados-membros tomarem medidas (…) necessárias para a proteção da segurança pública, da defesa, da segurança do Estado e a aplicação da legislação penal"[14]. Daí que resulta possível a interceptação legal

12. COMUNIDADE EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE, Considerando n. 4.
13. COMUNIDADE EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE, Considerando n. 8.
14. COMUNIDADE EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE, Considerando n. 11.

e autorizada das comunicações eletrônicas, no âmbito da persecução penal, como expressamente previsto no artigo 15º da Diretiva,[15] sempre que tal medida seja necessária, adequada e proporcional, observados os limites impostos pelo regime democrático para proteção da segurança nacional, para defesa e segurança pública, bem como para prevenção, investigação e repressão de infrações penais.

Essa exceção, porém, não atendeu às necessidades surgidas no âmbito da denominada *guerra ao terrorismo*, instalada no continente europeu notadamente após os ataques a Londres ocorridos no ano de 2003. Daí resultou a Diretiva 2006/24/CE, editada em março de 2006, que revogou os artigos 5º, 6º e 9º da Diretiva 2002/58/CE, determinando aos Estados-membros uma obrigação geral de conservação dos dados de localização e identificação de fontes de comunicação – *e-mail* e telefônica, fixa, móvel ou por internet –, de destinos de comunicação, de data, hora e duração das comunicações, do tipo de comunicação, do equipamento utilizado na comunicação e da localização desses equipamentos. Consoante o disposto no artigo 6º da Diretiva 2006/24/CE, tais dados deveriam ser conservados por período de tempo não inferior a seis meses, nem superior a dois anos. Ainda, o artigo 11º dessa Diretiva excepcionou expressamente a aplicabilidade do artigo 15º da Diretiva 2002/58/CE, na parte em que previa a possibilidade de restrição da confidencialidade das comunicações com base no princípio da proporcionalidade e para específicos casos de investigação criminal, quando necessários para salvaguardar a segurança interna. A toda evidência, ampliou-se indiscriminadamente o âmbito de controle ao se afastar o regramento que estabelecia limites à exceção da confidencialidade. Assim deliberou o Conselho da Comunidade Europeia por considerar que a conservação desses dados, bem como seu acesso pelas autoridades estatais,

15. Artigo 15º Os Estados-membros podem adotar medidas legislativas para restringir o âmbito dos direitos e obrigações previstos nos artigos 5º e 6º, nos n. 1 a 4 do artigo 8º e no artigo 9º da presente diretiva sempre que essas restrições constituam uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infrações penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações eletrônicas, tal como referido no n. 1 do artigo 13º da Diretiva 95/46/CE. Para o efeito, os Estados-membros podem designadamente adotar medidas legislativas prevendo que os dados sejam conservados durante um período limitado, pelas razões enunciadas no presente número. Todas as medidas referidas no presente número deverão ser conformes com os princípios gerais do direito comunitário, incluindo os mencionados nos n. 1 e 2 do artigo 6º do Tratado da União Europeia (COMUNIDADE EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE).

configura instrumento relevante de investigação e repressão penal em matéria de criminalidade organizada e terrorismo, de modo que "é necessário assegurar que as autoridades responsáveis pela aplicação da lei possam dispor dos dados conservados por um período determinado"[16].

Como visto, a tendência no âmbito da Comunidade Europeia, claramente influenciada pelos episódios terroristas que atormentaram o velho continente na primeira década deste século, seguiu a lógica da segurança pautada pela prevenção, com a opção consciente e deliberada pela restrição das liberdades individuais relacionadas às garantias de privacidade e intimidade em prol do controle necessário para assegurar maior eficiência na prevenção dos riscos inerentes ao terrorismo. Calha ressaltar que, embora estabelecidos prazos mínimo e máximo de armazenamento dos dados, não havia na mencionada Diretiva qualquer referência a critérios delimitadores das pessoas que estavam sujeitas a esse controle, do que se conclui que a obrigatoriedade de conservação e manutenção dos dados era ampla e irrestrita, alcançando inclusive os dados de comunicação de pessoas sobre as quais não pairasse qualquer suspeita de envolvimento delituoso ou com atividades terroristas.

Essa amplitude da restrição imposta às garantias de privacidade e intimidade pela Diretiva 2006/24/CE encontrou críticas no âmbito doutrinário dos Estados-membros, notadamente em razão da transposição de sua normativa aos respectivos ordenamentos jurídicos internos.[17] Resultado disso foram sucessivas declarações de inconstitucionalidade das normas internas dela resultantes. Em dois casos específicos, envolvendo Irlanda e Áustria, foram submetidos ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia reenvios prejudiciais,[18] provo-

16. COMUNIDADE EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE, Considerando n. 9.

17. Em Portugal, Lei 32/2008, de 17 de julho.

18. O *reenvio prejudicial* é instrumento processual com origem no direito comunitário europeu, segundo o qual é dado ao magistrado, em caso de dificuldade de interpretação ou de apreciação da validade das normas comunitárias, formular questionamento de forma prejudicial ao Tribunal de Luxemburgo, postulando um esclarecimento acerca do sentido da norma em questão. Como bem observado por Jânia Maria Lopes Saldanha e Lucas Vieira (Controle jurisdicional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano: um diálogo de ferramentas processuais em favor da efetivação do direito internacional dos direitos humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Bogotá, ano XIX, 2013, p. 435-466), tal mecanismo proporciona ao juiz nacional "a possibilidade de um diálogo construtivo com os juízes de Luxemburgo", incentivando aqueles a zelar pela efetividade da normativa internacional e, consequentemente, implementando uma espécie de permeabilidade do direito nacional à ordem externa.

cando manifestação da Corte sobre a validade da Diretiva em face do Direito Comunitário. Tais procedimentos geraram os processos C-293/12 e C-594/12, cujos julgamentos culminaram com a declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE, por violação à garantia de intimidade da vida privada, à garantia de proteção de dados pessoais e, também, ao princípio da proporcionalidade. Sem desconsiderar a importância das medidas previstas na Diretiva para fins de persecução penal da criminalidade grave, assim considerados o crime organizado e o terrorismo, bem como para o acautelamento da segurança pública, o Tribunal ponderou que tal vantagem não justificaria a flexibilização dessas garantias fundamentais em um âmbito tão alargado, alcançando um número indiscriminado de cidadãos, sem qualquer restrição subjetiva, geográfica ou temporal, do que resultaria possível um verdadeiro mapeamento da vida dos cidadãos europeus, com a identificação de hábitos quotidianos, atividades profissionais ou de lazer desenvolvidas, relacionamentos sociais, e até mesmo de locais comumente frequentados, sendo assim possível, ao Estado, obter um conhecimento sobre a vida dos seus cidadãos de todo incompatível com as reservas de intimidade e privacidade. Passados seis anos da edição da Diretiva 2006/24/CE, inverteram-se os polos e os valores de liberdade se sobrepuseram aos anseios de prevenção inerentes ao valor segurança.

Como consequência dessa revogação, estabeleceu-se em alguns Estados-membros da Comunidade Europeia impasse acerca da manutenção do dever geral de conservação de dados de comunicações, fundamentada agora exclusivamente nas normativas internas resultantes da transposição da Diretiva revogada.

Na Suécia, a empresa de telecomunicações Tele2 informou que não mais cumpriria a determinação da lei de comunicações eletrônicas, de conservar todos os dados necessários a identificar uma comunicação eletrônica e transmiti-los mediante pedido do Ministério Público ou da autoridade policial ou do serviço de segurança, sempre que os mesmos guardassem relação com uma suspeita de infração penal.[19] No Reino Unido, a *Lei de conservação de dados*

19. Conforme a Lei de comunicações eletrônicas sueca, os prestadores estão obrigados a conservar os dados necessários a identificar a fonte e o destino de uma comunicação, o que inclui data, hora, duração e natureza da conversa, bem como o necessário a localizar o equipamento da comunicação móvel utilizado no início e no fim da comunicação. Isso inclui as comunicações telefônicas fixas e móveis, *e-mails* e dados de acesso à internet, inclusive as comunicações não completadas. Não incluem o conteúdo das comunicações. Quanto ao acesso aos dados conservados, a Lei sueca determina aos prestadores o dever de transmitir aos órgãos responsáveis pela persecução penal e pela segurança pública os dados referentes a nome, endereço,

e poderes de investigação (DRIPA) teve sua validade questionada na parte em que autoriza o Ministro da Administração Interna a determinar irrestritamente a conservação de dados relativos às comunicações eletrônicas, incluídos endereço, local, número de IP e qualquer outro identificador da comunicação, à exceção do seu conteúdo. Em ambos os casos, o impasse foi judicializado e culminou com reenvios prejudiciais ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, os quais deram origem aos processos C-203/15 e C-698/15, envolvendo, respectivamente, Suécia e Reino Unido.

No julgamento conjunto de ambos os processos, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia iniciou definindo que uma obrigação geral de conservação de dados, como as previstas no âmbito legislativo interno dos Estados-membros, em princípio, é compatível com a regra do artigo 15º, item 1, da Diretiva 2002/58/CE, segundo a qual os Estados podem restringir a garantia de confidencialidade das comunicações eletrônicas, com fundamento na proporcionalidade e com o intuito de salvaguardar a segurança nacional, a segurança pública, bem como de prevenir e investigar a prática de infrações penais. No entender da Corte, o mencionado artigo 15º não constitui propriamente uma exceção, de modo que não necessariamente necessita ser interpretado restritivamente. Isso porque o Considerando 11 da própria Diretiva especifica que as garantias de confidencialidade se aplicam exclusivamente ao âmbito das atividades regulamentadas pelo Direito Comunitário, o que exclui as práticas ilícitas do âmbito de proteção. Ainda assim, frisou a Corte, essa obrigação de conservação de dados deve obrigatoriamente observar o disposto na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, notadamente os parâmetros de necessidade e proporcionalidade, pois se trata de medidas restritivas de direitos diretamente relacionadas com o *status libertatis* dos cidadãos, que possibilitam ao Estado uma significativa ingerência no âmbito da vida privada e do direito à proteção dos dados pessoais.

Nessa linha, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia avançou estabelecendo uma moldura legal em que, abstratamente, admitir-se-ia a obrigação geral de conservação de dados. Tal seria o caso das hipóteses em que preenchidos cumulativamente os requisitos enunciados no artigo 15º, I, da Diretiva 2002/58/CE, e no artigo 52 da Carta Europeia, quais sejam: I) a obrigação de

título, número de telefone e de IP dos assinantes do aparelho utilizado na comunicação (Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, Processos C-203/15 e C-698/15, p. 05-07. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-203/15]. Acesso em: 11.04.2017).

conservação deve ter base legal; II) deve respeitar o conteúdo essencial dos direitos consagrados na Carta; III) deve perseguir um objetivo de interesse geral; IV) deve ser adequada à persecução desse objetivo; e V) deve ser proporcional à persecução desse objetivo, que seja compatível com os parâmetros de uma sociedade democrática.

A exigência de base legal reflete o princípio da legalidade, a exigir que esse dever de conservação de dados esteja previsto em lei material, acessível a todos e absolutamente previsível, apta, enfim, a viabilizar uma proteção adequada contra o livre-arbítrio estatal. As hipóteses bem como as competências e a amplitude do dever de conservação das possibilidades de acesso devem ser certas e inequívocas, e a todos obrigar. Ainda, juntamente com a obrigação de conservação dos dados, devem ser previstas medidas de proteção ao núcleo essencial dos direitos à vida privada e à proteção de dados pessoais, afetados pela obrigação imposta. Além disso, não se presta essa obrigação a quaisquer finalidades. Tratando-se de medida que afeta componente tão sensível da vida privada, essa obrigação somente se justifica como instrumento orientado a alcançar objetivos de interesse geral, como é o caso da persecução penal contra a criminalidade grave e o terrorismo. Segundo a Corte, o artigo 15º da Diretiva

> (...) deve ser interpretado no sentido de que a luta contra as infrações graves constitui um objetivo de interesse geral suscetível de justificar uma obrigação geral de conservação de dados, ao contrário da luta contra as infrações simples ou do bom desenrolar de processos não penais.[20]

Como consequência, ainda no âmbito do marco legal de tais obrigações, tem-se que as mesmas devem ser aptas a contribuir com esse objetivo perseguido (critério de adequação), necessárias ao alcance dessa finalidade e proporcionais em sentido estrito, de modo que não podem exceder a medida do necessário para os efeitos da persecução penal das infrações consideradas graves. Impõe-se, pois, que sejam estabelecidas garantias aptas a limitar o acesso das autoridades estatais às informações privadas inerentes aos dados conservados. Não haverá desproporcionalidade, no entender da Corte, quando tais obrigações vierem acompanhadas "de certas garantias relativas ao acesso aos dados, à duração da conservação, bem como à proteção e à segurança dos dados", justo o que faltava na normativa da Diretiva 2006/24/CE, que estabelecia um amplo e

20. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, Processos C-203/15 e C-698/15, p. 5-7. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-203/15]. Acesso em: 11.04.2017.

irrestrito dever de conservação. Portanto, "nem sempre se deve considerar que uma obrigação geral de conservação de dados excede, em si mesma, os limites do estritamente necessário para efeitos da luta contra as infrações graves. Em contrapartida, tal obrigação excede sempre os limites do estritamente necessário quando não seja acompanhada de garantias relativas ao acesso aos dados, à duração da conservação, bem como à proteção e à segurança dos dados".[21]

Assim estabelecida a premissa, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia assentou a imprescindibilidade de que essas obrigações de conservação de dados sejam acompanhadas de regras que regulem (I) o acesso e a utilização dos dados conservados, (II) a duração da conservação dos dados, e (III) a segurança e a proteção dos dados conservados. Trata-se, como assentado no julgamento dos processos envolvendo Suécia e Reino Unido, de garantias mínimas e imperativas, as quais devem estar associadas a outras duas, instrumentais, quais sejam: tais obrigações somente se justificam para a persecução de infrações penais graves, e devem estar sujeitas a um controle prévio efetuado por órgão jurisdicional ou por uma entidade administrativa independente, cuja decisão limite o acesso aos dados e sua utilização ao estritamente necessário para alcançar o objetivo perseguido. Somente assim é possível dotar de mínima eficácia o núcleo essencial dos direitos individuais afetados por essas obrigações, bem como dispensar a devida atenção a questões particulares como as que envolvem segredo profissional ou ainda a identificação de fontes jornalísticas.

Como visto, o atual estágio da questão no âmbito europeu indica que um dever de conservação de dados de comunicações eletrônicas para fins de concretização da segurança e de prevenção e investigação criminal é possível, na medida em que é observada a proporcionalidade e são estabelecidas, em lei, garantias mínimas aos direitos de privacidade e proteção dos dados pessoais, entre as quais se destaca a necessidade de autorização judicial para o acesso a esses dados. Da proporcionalidade decorre, ainda, a imprescindibilidade de delimitação específica da amplitude da obrigação, tanto pelo viés subjetivo, de quais pessoas estão sujeitas a esse controle, como pelo viés objetivo, a determinar por quanto tempo, em que locais ou por quais meios de comunicação, e com qual intuito. Há, pois, nítida preocupação em delimitar o controle necessário à prevenção, do que se pode extrair que um dever generalizado de

21. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, Processos C-203/15 e C-698/15, p. 5-7. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-203/15]. Acesso em: 11.04.2017.

conservação de dados, desprovido de garantias, não se afigura adequado no âmbito dos Estados Democráticos de Direito.

4. O dever de conservação e o acesso a dados pessoais públicos e privados para fins de persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro

A controvérsia que tem pautado a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia não é exclusividade do velho continente. Em solo brasileiro, ainda que por motivos diversos, a questão da conservação de dados públicos e privados, relacionados a comunicações eletrônicas ou não, e do seu acesso por autoridades públicas responsáveis pela persecução penal, foi posta em pauta com o advento das Leis 12.683/2012 e 12.850/2013. Ambas, ao estabelecerem novas metodologias de investigação e produção de prova na persecução penal de crimes relacionados à lavagem de capitais e à criminalidade organizada, introduziram no ordenamento jurídico pátrio a obrigação de conservação de dados e a possibilidade do acesso ao conteúdo conservado, pelo Ministério Público e pela autoridade policial, inovando em matéria até então resguardada pela garantia de inviolabilidade da intimidade e da privacidade.

Nessa mesma linha, merece também destaque a Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da internet, que também regulamentou, genericamente, questões relacionadas à conservação de dados e seu acesso, bem como o Decreto 8.771/2016, que regulamentou alguns dispositivos da Lei 12.965/2014. Daí a atualidade do tema, tanto no continente europeu, onde está relacionado aos problemas decorrentes do terrorismo, quanto em terras brasileiras, onde o foco é a lavagem de capitais relacionada a delitos outros, notadamente os relacionados à corrupção no âmbito do setor público. Aqui, porém, a questão permanece adstrita ao plano da normatividade, sem estudos aprofundados quanto ao seu alcance ou mesmo quanto à sua adequação constitucional, seja no âmbito doutrinário, seja no plano jurisprudencial.

Destarte, a análise da questão da conservação e do acesso a dados públicos e privados no ambiente brasileiro deve ser repartida em dois âmbitos. De um lado, de maneira geral, porque relacionada aos dados em geral, impõe-se o estudo das Leis 12.683/2012 e 12.850/2013, no atinente ao dever de conservação de dados cadastrais e dos registros de viagens; de outro lado, mais especificamente em relação aos dados relacionados às comunicações telefônicas e eletrônicas, a questão perpassa a normativa da Lei 12.965/2014 e o seu regulamento, enunciado no Decreto 8.771/2016. Observada essa metodología, o ensaio segue em dois pontos distintos.

4.1. Conservação e acesso de dados cadastrais

De maneira genérica, o dever de conservação de dados e a possibilidade de acesso aos mesmos pelas autoridades públicas surgiu com a Lei 12.683/2012, que acrescentou o artigo 17-B à Lei 9.613/1998, a qual trata da lavagem de capitais. A previsão, posteriormente repetida no artigo 15 da Lei 12.850/2013, que trata da persecução penal envolvendo criminalidade organizada, faculta à autoridade policial e ao Ministério Público o acesso direto e independentemente de prévia autorização judicial

> (...) aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço (…) mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.

Como visto, trata-se de previsão ampla, não restrita às comunicações telefônicas. Embora expressamente mencionadas as empresas telefônicas como destinatárias da norma, a obrigação alcança também a Justiça Eleitoral, bem como outras instituições privadas e concessionárias de serviços públicos. A propósito, observam Bitencourt e Busato que o intuito do legislador foi alcançar um ponto de equilíbrio entre a preservação de interesses particulares e a necessidade de assegurar maior eficácia aos meios de investigação, o que justifica a regulamentação conjunta de acesso a dados públicos e privados em um mesmo dispositivo legal, a gerar aparente confusão. Segundo os autores, é justamente o cruzamento de dados privados relacionados ao cadastro da pessoa com os registros públicos que pode "gerar excelentes elementos probatórios".[22]

Não paira dúvidas quanto ao intuito da inovação legislativa. A questão é delimitar o que sejam esses *dados cadastrais*, para além dos limites já enunciados pelo próprio dispositivo legal, e definir se tais dados estão ou não acobertados pela garantia constitucional da intimidade. Acerca desse segundo ponto, a doutrina, no âmbito de estudos sobre o sigilo bancário, inclina-se no sentido de que também os dados cadastrais mantidos por instituições financeiras estão acobertados pela inviolabilidade da intimidade.[23] No plano jurisprudencial, o

22. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 189.

23. Nesse sentido: MORAES, Maurício Zanoide de. Sigilo financeiro (LC 105/2001 e Dec. 3.724/2001). In: FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Org.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 2980; BELOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário:* análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 122.

Superior Tribunal de Justiça possui precedentes nessa mesma linha.[24] Em sentido oposto, porém, Tércio Sampaio Ferraz Junior, em estudo de longa data, afirma que apenas os dados que digam respeito a uma relação eminentemente privada entre duas pessoas estão protegidos pela inviolabilidade que assegura a intimidade. Segundo o autor, "os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relação de convivência privada: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação etc.) não são protegidos".[25]

Efetivamente, tratando-se de dados relacionados à identificação civil da pessoa no âmbito do Estado, não se afigura razoável a proibição irrestrita de acesso pelo próprio Estado. Ao contrário, a identificação perante o Estado é dever diretamente relacionado à cidadania, de modo que o acesso aos dados cadastrais, quando não vinculados a uma relação eminentemente privada, não configura violação da intimidade ou da privacidade.[26]

Mais sensível é a definição do significado de *dados cadastrais*, bem como dos limites a serem observados pelas autoridades públicas no acesso aos mesmos. O próprio artigo 17-B da Lei 9.613/1998, assim como o artigo 15 da Lei 12.850/2013, especifica que se está a tratar dos dados cadastrais que informam *qualificação pessoal, filiação e endereço* do investigado. Não há dificuldades na definição do que signifique *filiação* e *endereço*. Este último, na ausência de especificação legal, naturalmente abrange as direções residencial e profissional.[27] Resta definir, então, o que seja *qualificação pessoal*.

A esse efeito, a par de tentativas doutrinárias em certa medida oscilantes, o Decreto 8.771/2016, ao regulamentar o Marco Civil da Internet, especificou no seu artigo 11, § 1º, III, que a qualificação pessoal é composta pelo *nome, prenome, estado civil e profissão*. Ainda que a normativa esteja no âmbito de decreto regulamentador de legislação relacionada às comunicações eletrônicas, a toda

24. RHC 8.493/SP, rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, j. 20.05.1999, *DJ* 02.08.1999, p. 224; RHC 5.065/MG, rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, j. 19.03.1996, *DJ* 29.09.1997, p. 48228.

25. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito,* São Paulo, v. 88, 1993, p. 449.

26. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de organização criminosa*, cit., p. 189.

27. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. Aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 424.

evidência é possível sua aplicação a outros âmbitos, notadamente em razão da sua natureza explicativa.

Assim, o acesso de que tratam os artigos 17-B da Lei 9.613/1998 e 15 da Lei 12.850/2013 é restrito ao nome, prenome, estado civil, profissão, filiação e endereço do investigado, mantidos nos registros das pessoas jurídicas destinatárias da norma, nela destacadas. Não há, pois, qualquer possibilidade de acesso direto e desprovido de ordem judicial a outros dados cadastrais, como números de documentos de identidade ou do cadastro nacional de pessoas físicas, ou mesmo data de nascimento, assim como ao conteúdo de comunicações ou a dados identificadores de comunicações eletrônicas ou telefônicas, ou de movimentações financeiras. Daí Gustavo Badaró destacar que os dados cadastrais mantidos por empresas telefônicas não abrangem números de origem ou destino de ligações, datas, locais e demais dados identificadores das comunicações telefônicas, bem como os dados cadastrais mantidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito não incluem informações referentes a datas de aberturas de contas ou aplicações, contratação de cartões ou a qualquer espécie de movimentação ou utilização dos mesmos, e os dados mantidos por provedores de internet não abrangem informações sobre abertura de contas de *e-mail*, acesso a *sites* ou o conteúdo de trocas de comunicações. Em todas essas hipóteses, o acesso a esses dados pressupõe prévia autorização judicial.[28]

Não bastasse isso, e ainda na esteira de Badaró, releva destacar que o acesso aos dados cadastrais pressupõe a existência de prévia investigação, na medida em que os próprios dispositivos mencionam a condição de *investigado*. Disso se depreende que o acesso não é irrestrito ou amplo, alcançando indiscriminadamente qualquer pessoa. Nesse ponto, em uma aproximação com as linhas demarcadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, como visto no item anterior, é possível afirmar que as normas brasileiras em exame atendem ao critério de proporcionalidade, na medida em que o recorte quanto a quem está sob o seu alcance é algo já preestabelecido. E naturalmente que, inseridas as normativas no âmbito de legislações específicas sobre lavagem de dinheiro e criminalidade organizada, é corolário lógico que sua aplicação, tratando-se de norma restritiva de direitos fundamentais, está restrita ao âmbito de investigações relacionadas a essa espécie de crimes,[29] o que configura

28. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*..., cit., p. 425.

29. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*..., cit., p. 424.

um objetivo geral e de interesse coletivo. Nesse âmbito específico, nada indica qualquer desproporcionalidade dessa previsão, até porque adequado e necessário o acesso aos dados cadastrais para fins de identificação criminal, bem como ausente qualquer indicativo de invasividade desarrazoada nesse ponto.

Importante, outrossim, observar que os dispositivos legais em análise permitem o *acesso a dados cadastrais*, e não a *investigação de dados cadastrais*, de modo que resta vedado às autoridades da persecução penal utilizar tais dispositivos legais para vasculhar dados cadastrais de pessoas que não figurem como investigadas, bem como de pessoas que possuam relacionamento pessoal ou profissional com outras investigadas. Daí Badaró destacar que "não se trata de um mecanismo para investigação de fatos, mas para a obtenção de dados qualificativos de um investigado determinado".[30]

Por derradeiro, são passíveis de crítica as mencionadas normativas na parte em que autorizam o acesso aos dados cadastrais independentemente de autorização judicial. A considerar unicamente a natureza dos dados cadastrais passíveis de acesso, a questão não aparenta dificuldades. O problema se apresenta exatamente na medida em que é imprescindível o controle do acesso, mais especificamente dos requisitos para o acesso. A verificação da prévia existência de um investigado determinado é questão afeta ao Poder Judiciário, assim como o próprio exame de proporcionalidade. As empresas destinatárias da norma não possuem condições de realizar tal juízo, bem como de se opor à pretensão da autoridade policial e do Ministério Público.

Nesse ponto, a dispensa legal da prévia autorização judicial cria ambiente de insegurança quanto à proteção dos dados, obrigação correlata ao dever imposto às pessoas jurídicas de conservação dos mesmos. Em aproximação ao debate firmado no âmbito europeu, calha ressaltar que um dos requisitos de validade da conservação de dados é que as prestadoras de serviços responsáveis por essa conservação adotem medidas adequadas para garantir a segurança dos seus serviços e para impedir o acesso não autorizado aos dados, bem como a confidencialidade das comunicações e de quaisquer dados a elas relacionados.[31] Conforme decidido pela Corte de Justiça da Comunidade Europeia, a segurança e a proteção dos dados conservados configuram garantias imperativas de proteção da intimidade, vinculantes da legitimidade do acesso aos dados, e nesse espectro se inclui o controle prévio efetuado por um órgão

30. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*..., cit., p. 426.

31. COMUNIDADE EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE, Considerandos 20, 21 e 23.

jurisdicional ou por entidade administrativa independente em relação às autoridades responsáveis pela persecução penal.

No caso específico das Leis 9.613/1998 e 12.850/2013, ainda que o nível de interferência no âmbito do direito fundamental à intimidade não seja elevado, na medida em que se está a tratar exclusivamente de dados cadastrais de identificação civil, certo é que a dispensa de prévia autorização judicial fragiliza a segurança desses dados e, inequivocamente, da intimidade, bem como torna sem efeito os requisitos estabelecidos nas próprias normativas para o acesso aos dados, deixando desprotegido o conteúdo essencial da garantia da intimidade.

4.2. Conservação e acesso a dados de comunicações eletrônicas e telefônicas

Nesse ponto, aproxima-se o estudo da regulamentação normativa brasileira ao debate estabelecido no âmbito da Comunidade Europeia. A questão surge no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 12.850/2013, que no seu artigo 17 estabeleceu expressamente o dever de conservação, pelo período de cinco anos, dos registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais. Até então, na ausência dessa previsão legal, tinha-se no Brasil apenas a previsão legal de possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, com base no disposto na Lei 9.296/1996, mas sem qualquer obrigação expressa de conservação de dados e sem nenhuma regulamentação temporal.

A recente Lei 12.850/2013, como visto, ao disciplinar novas possibilidades de investigação e produção de prova no âmbito da persecução penal envolvendo crimes praticados por organizações criminosas, inovou ao criar um dever de conservação dos registros de identificação relacionados às comunicações telefônicas, especificamente, sem qualquer previsão acerca das comunicações eletrônicas. Daí a imposição de um primeiro recorte, inerente à interpretação restritiva adequada às normas restritivas de direitos. Não decorre do mencionado artigo 17 um dever de conservação dos registros relacionados a comunicações realizadas no ambiente eletrônico da rede mundial de computadores.

Estabelecido isso, calha ressaltar que o preceito normativo em questão trata especificamente da conservação de dados privados que interessam ao Estado para fins de persecução penal. O registro dos números dos terminais de origem e destino de chamadas constitui dado privado, pois relacionado à intimidade dos interlocutores, como bem observado por Bitencourt e Busato. Chamadas para casas de câmbio, de prostituição ou até mesmo para médicos psiquiatras, por exemplo, refletem inequivocamente aspectos da intimidade da pessoa, independentemente do acesso ao conteúdo das comunicações. Por isso a normativa,

segundo os citados autores, especificou apenas o dever de conservação dos dados registrais, e não a forma de disponibilização dos mesmos às autoridades.[32]

Efetivamente, ao contrário do disposto no artigo 15, sobre o acesso aos dados cadastrais de identificação civil, no artigo 17 o legislador não incluiu a dispensa de autorização judicial prévia. E isso porque uma previsão assim seria, a toda evidência, inconstitucional, dada a proteção ao sigilo das comunicações telefônicas, estabelecido no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei 9.296/1996. O nível de invasão da intimidade, nesse ponto, não permite excepcionar a cláusula de reserva jurisdicional, motivo pelo qual a interpretação desse dispositivo deve ser no sentido de que os dados registrais devem ser conservados para acesso das autoridades mencionadas no artigo 15, mediante prévia autorização judicial.

Ainda, não obstante a ausência de qualquer referência na norma legal, afigura-se elementar que tal acesso somente será possível para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos casos em que a medida for imprescindível à persecução criminal, nos termos do disposto nos artigos 1º e 2º da Lei 9.296/1996. Ademais, tratando-se de previsão restritiva de direitos inserida em lei que trata especificamente da persecução penal de crimes perpetrados por organizações criminosas, a obrigação de conservação dos dados registrais das comunicações telefônicas, em princípio, tem incidência exclusiva nas investigações relacionadas a esses delitos.

Nesse ponto, porém, deparamo-nos com situação peculiar. Isso porque a previsão normativa em comento, ao estabelecer a obrigação de conservação dos dados pelo período de cinco anos, cria uma delimitação temporal até então inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando-se, portanto, mais benéfica em relação ao contexto preexistente. Como antes destacado, a Lei 9.296/1996 apenas regulava as hipóteses de admissibilidade da interceptação das comunicações telefônicas, nada mencionando acerca do período pelo qual as prestadoras de serviços deveriam manter os dados registrais. Ademais, não se afigura razoável que em investigações sobre delitos menos graves, não praticados por organizações criminosas, possam as autoridades estatais acessar os dados registrais das comunicações telefônicas sem qualquer limitação temporal, enquanto para os casos mais graves, de infrações penais relacionadas à criminalidade organizada, esse período seja restrito. Daí a conclusão quanto à possibilidade de aplicação da limitação temporal estabelecida no artigo 17

32. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de organização criminosa*, cit., p. 191.

da Lei 12.850/2013 também às investigações criminais relacionadas às demais espécies de criminalidade.

Com esse destaque, resta examinar se com tal normativa o ordenamento jurídico brasileiro atende aos requisitos estabelecidos no âmbito da Comunidade Europeia para fins de legitimidade da conservação desses dados.

Nesse ponto, inequívoco é que se está diante de um dever geral de conservação de dados. Geral porque o alcance da normativa é amplo e irrestrito, sem recortes quanto a quem está sujeito a ter seus dados conservados, ou delimitação geográfica ou espacial. Mas como destacado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia nos julgamentos dos Processos C-203/15 e C-698/15, envolvendo Suécia e Reino Unido, um dever geral de conservação de dados não se afigura, *a priori*, incompatível com as garantias de privacidade e intimidade. A questão passa pela verificação das garantias estabelecidas pela normativa.

O artigo 17 da Lei 12.850/2013, nesse aspecto, não dispensa a prévia autorização judicial, o que representa uma das garantias imperativas destacadas pela Corte Europeia. Além disso, ao estabelecer o período de cinco anos como limite temporal para a conservação de dados, a normativa assegura que a conservação deve ocorrer por tempo determinado. Sob esse aspecto, há garantias mínimas de proteção à intimidade. Falta, porém, garantias relacionadas à segurança desses dados a serem conservados, bem como regras claras acerca do acesso aos mesmos e da sua utilização. A Lei 12.850/2013 não impõe às prestadoras de serviços de telecomunicações obrigação de adoção de mecanismos de segurança dos dados conservados, o que é determinante para garantir a inviolabilidade da intimidade, bem como o acesso indevido aos dados.

Além disso, não há regramento inequívoco quanto à forma de acesso, tampouco quanto às hipóteses em que se admite o acesso aos dados. Nesse ponto, como destacado anteriormente, uma interpretação restritiva da norma impõe concluir que o acesso depende da existência de prévia investigação criminal e da demonstração da estrita necessidade da medida, na forma disciplinada pela Lei 9.296/1996, como também de autorização judicial devidamente fundamentada. A leitura do artigo 17 da Lei 12.850/2013 em conjunto com a disciplina da Lei 9.296/1996 é imprescindível como forma de estabelecer limites mais precisos ao acesso aos dados conservados. Nesses termos, ao contrário do afirmado por Bitencourt e Busato,[33] é possível emprestar à norma em questão adequação constitucional.

33. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de organização criminosa*, cit., p. 192.

Noutro plano, agora especificamente em relação às comunicações eletrônicas, a obrigação de conservação de dados surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a legislação que regulamentou o Marco Civil da Internet. A questão, nesse ponto, como já debatida no continente europeu desde meados dos anos 2000, passa pela necessidade de identificação e localização de uma fonte de comunicação, do destino da comunicação, do tipo de comunicação e do equipamento utilizado, da localização do equipamento e de dados como data, hora e duração da comunicação. Trata-se, basicamente, de identificação do utilizador do serviço e dos dados de tráfego e de localização, elementos que podem se afigurar de extrema relevância na investigação ou na persecução penal de infrações penais.

No âmbito da Comunidade Europeia, como destacado no item anterior, foi afirmada a adequação do artigo 15 da Diretiva 2002/58/CE às garantias da Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade, notadamente a de intimidade e privacidade. Mencionado artigo prevê a possibilidade de conservação dos dados relacionados a comunicações eletrônicas quando necessária, adequada e proporcional à finalidade de salvaguarda da segurança nacional, defesa e segurança pública, e investigação de infrações penais. A assegurar a legitimidade dessa conservação de dados, e do acesso aos mesmos, impõe-se apenas a previsão de garantias aptas a "limitar à estrita medida do necessário a afetação dos direitos consagrados na Diretiva 2002/58 e nos artigos 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais".[34] Tais garantias, ainda segundo a Corte de Justiça da Comunidade Europeia, são materializadas por meio de regras precisas sobre o acesso e a utilização dos dados conservados, a duração da conservação dos dados, e quanto à segurança e proteção dos mesmos, bem como sobre o controle prévio por órgão jurisdicional ou administrativo independente, e a restrição às hipóteses de persecução penal de infrações graves.

No caso brasileiro, a Lei 12.965/2014 destaca como princípios que regem a disciplina normativa do uso da internet a *proteção da privacidade* e a *proteção dos dados pessoais,* na forma da lei. Ainda, destaca como direitos dos usuários da internet a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações, ressalvado acesso autorizado judicialmente, a inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, também ressalvada a possibilidade de acesso mediante autorização judicial,

34. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, Processos C-203/15 e C-698/15, p. 37. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-203/15]. Acesso em: 11.04.2017.

bem como o não fornecimento a terceiros de dados pessoais do usuário, aqui incluídos os registros de conexão, e a obtenção completa de informações sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção dos dados pessoais. Ainda, é direito do usuário a exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido durante a aplicação de internet, ao término da relação entre as partes.

Para além disso, na Seção II da mencionada legislação há detalhada previsão de proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas entabuladas por meios eletrônicos. Consta, no artigo 10, que a conservação e a disponibilização dos registros de conexão e acesso à internet, assim como os dados pessoais e o conteúdo dessas comunicações privadas devem observar a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, bem como que os provedores somente estarão obrigados a disponibilizar esses registros mediante ordem judicial. A única ressalva, constante do § 3º do artigo 10, refere que o acesso aos dados cadastrais "que informem qualificação pessoal, filiação e endereço", pelas autoridades administrativas e na forma da lei, não configura violação às garantias da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. No artigo 13, consta que os dados relacionados aos registros de conexão devem ser conservados pelos provedores sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de um ano, e que sua disponibilização deverá ser precedida de autorização judicial. No artigo 15, por derradeiro, consta que os registros de acesso a aplicações de internet devem ser mantidos pelo prazo de seis meses, e que sua disponibilização também pressupõe autorização judicial prévia.

Como visto, o Marco Civil da Internet estabeleceu, em terras brasileiras, o chamado dever geral de conservação de dados relacionados a comunicações eletrônicas. Geral porque, segundo se depreende da Lei 12.965/2014 e de seu regulamento, a obrigação de conservação dos dados é ampla e irrestrita, alcançando todos os usuários dos serviços de comunicação eletrônica via internet, sem qualquer restrição geográfica ou subjetiva. A única delimitação que se verifica é referente ao tempo de conservação dos registros de conexão – um ano, nos termos do artigo 13 – e de acesso à internet – seis meses, nos termos do artigo 15.

Não obstante, a normativa em questão não estabelece nenhuma relação entre esse dever de conservação e o objetivo de investigação criminal de infrações graves. Trata-se, em verdade, de legislação genérica regulamentadora da conservação de dados e do acesso aos mesmos, que em seus dispositivos remete à lei específica ou ao regulamento. Ocorre que o regulamento tampouco especificou essa relação, de modo que a obrigação legal de conservação de dados não está diretamente relacionada a qualquer objetivo de persecução penal de

infrações graves. Ainda, conquanto a Lei 12.965/2014 refira em diversos dispositivos a necessidade de prévia autorização judicial, não há delimitação mais precisa das hipóteses de admissibilidade de acesso aos dados conservados, o que era impositivo, inclusive como forma de viabilizar a verificação da proporcionalidade da medida no caso concreto.

Nessa linha, ao contrário do que se verifica no cenário europeu, em que a obrigação geral de conservação de dados está relacionada ao objetivo de combate ao terrorismo, contando com previsões legais que asseguram o conteúdo essencial dos direitos consagrados na Carta da Comunidade Europeia, no Brasil tal obrigação é disciplinada de maneira geral em lei que trata do Marco Civil da Internet, sem qualquer delimitação específica acerca das hipóteses em que essas medidas se afiguram abstratamente possíveis.

De outro lado, a Lei 12.965/2014 e o Decreto 8.771/2016 impõem a obrigatoriedade de as prestadoras de serviços de comunicações eletrônicas adotarem medidas de segurança na conservação de dados, bem como expressamente exigirem a autorização judicial para acesso a esses dados, excetuados os cadastrais.

Observado, enfim, esse cenário, tem-se que a regulamentação da questão no Brasil encontra-se a meio caminho em relação ao estabelecido no âmbito europeu. A existência de lei a estabelecer as premissas gerais sobre a questão configura passo importante na proteção da intimidade e da privacidade. Não obstante, afigura-se impositiva a previsão específica dos casos em que se admite o acesso a esses dados, bem como os requisitos para esse acesso. Isso em razão da significativa interferência dessa medida no âmbito da intimidade e da privacidade.

5. Considerações finais

Em apertada síntese, observados os limites do presente ensaio e sem a pretensão de esgotar o enfrentamento do problema, é possível observar que a obrigação de conservação de dados, sejam aqueles relacionados a comunicações telefônicas ou eletrônicas, sejam outros relacionados a informações cadastrais básicas de identificação civil, apresenta-se como questão relevante no âmbito da sociedade globalizada, notadamente em face da crescente demanda por segurança motivada pelo incremento do terrorismo e da criminalidade organizada. O enfrentamento dos *novos riscos* é questão destacada na Diretiva 2002/58/CE, entre os motivos que justificam a necessidade da conservação de dados relacionados a comunicações eletrônicas como forma de prevenção aos riscos inerentes a essas ameaças materializadas pelas práticas terroristas e de organizações criminosas.

No âmbito da Comunidade Europeia, como visto no item 2 do presente estudo, o debate sobre a questão encontra-se em estágio mais avançado, havendo já precedentes jurisdicionais que sinalizam uma tendência de busca pela coexistência entre os valores de liberdade e segurança. Admite-se a compatibilidade do dever geral de conservação de dados em relação às garantias de intimidade e privacidade enunciadas na Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia, exigindo-se unicamente que esse dever esteja previsto em lei e relacionado a um objetivo geral e compatível com os preceitos democráticos, de combate a infrações penais graves, bem como que a normativa legal preveja garantias aptas a limitar essas intervenções estatais ao estritamente necessário, preservando-se na máxima medida do possível o conteúdo essencial dos direitos consagrados na Carta. A necessidade de prévia autorização judicial ou administrativa, nesse caso proferida por órgão independente, e a previsão de limites temporais para a conservação dos dados são duas das principais garantias que a Corte Europeia trata como imperativas.

No cenário brasileiro, conforme visto no item 3 do ensaio, a questão apresenta-se como novidade posta pelas Leis 12.683/2012 e 12.850/2013, e mais recentemente pela Lei 12.965/2014 e pelo Decreto 8.771/2016. As duas primeiras legislações, ao regulamentarem a persecução penal referente aos delitos de lavagem de dinheiro e praticados por organizações criminosas, estabeleceram a obrigação de conservação e a possibilidade de acesso a dados cadastrais e a registros de comunicações telefônicas, no primeiro caso independentemente de autorização judicial. A Lei 12.965/2014 e seu regulamento, a seu turno, disciplinaram a conservação de dados relacionados especificamente a comunicações eletrônicas no âmbito da internet, prevendo direitos e garantias dos usuários, notadamente relacionadas a intimidade, privacidade, honra e imagem.

Em linha de princípio, a normativa brasileira afigura-se adequada ao estabelecido como norte pela Corte de Justiça da Comunidade Europeia, na medida em que possível o dever geral de conservação de dados, e atendida a exigência de previsão legal específica a essa finalidade, bem como estabelecidos limites temporais para a conservação dos dados. Imprescindível, porém, destacar a tendência de relativização da garantia da reserva jurisdicional, no tocante ao acesso aos dados cadastrais de informações pessoais, o que fragiliza o âmbito de segurança dos direitos à intimidade e privacidade, bem como a ausência de regramento específico acerca do acesso aos dados relacionados às comunicações eletrônicas, e também a omissão legislativa quanto às hipóteses em que esse acesso é admissível. A conformidade constitucional dessas previsões normativas, nessa esteira, passa pela delimitação dessas hipóteses, notadamente pela previsão de que o acesso a esses dados de comunicação somente se

afigura legítimo quando no âmbito de investigações criminais relacionadas a infrações penais consideradas graves, a ainda nos casos em que tal medida se mostrar imprescindível ao fim pretendido, pautando-se a autorização judicial pelas parciais do princípio da proporcionalidade.

6. Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro.* Aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECK, Ulrick. *La sociedade del riesgo.* Hacia una nueva modernidade. Barcelona: Paidós, 1998.

BELOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário:* análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de organização criminosa.* São Paulo: Saraiva, 2014.

COMUNIDADE EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31.07.2002. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0058]. Acesso em: 11.04.2017.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Crime e interdisciplinariedade*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia.* n. 7, p. 1-37, jan. 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito.* São Paulo, v. 88, 1993.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo Penal.* Salvador: JusPodivm, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

MORAES, Maurício Zanoide de. Sigilo financeiro (LC 105/2001 e Dec. 3.724/2001). In: FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Org.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas. Controle jurisdicional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano: um diálogo de ferramentas processuais em favor da efetivação do direito internacional dos direitos humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Bogotá ano XIX, p. 435-466, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006.

Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, Processos C-203/15 e C-698/15, p. 5-7. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-203/15]. Acesso em: 11.04.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Comentário sigilo de dados: a proteção constitucional, de Gianpaolo Poggio Smanio – *RT* 937/184-187 (DTR\2014\397); e
- Proteção de dados, de Rafael Pinheiro Rotundo – *RDPriv* 74/133-158 (DTR\2017\80).

O estudo do sentenciar: a importância da análise do processo de decisão penal

Studying sentencing: the importance of analysing the penal decision-making process

Andreia de Castro Rodrigues

Doutora em Psicologia, na temática da Psicologia da Justiça, pela Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal, em 2014. Especialista na Área de Psicologia Clínica e da Saúde, e nas Áreas avançadas em Psicologia da Justiça e em Psicologia Comunitária, pela Ordem dos Psicólogos. Mestre em Psicologia, Área de Violência, Crime e Vítimas, pela Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, em 2006. Licenciada em Psicologia, pré-especialização em Comportamento Desviante, pela Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, em 2001. Membro da Sociedade Europeia de Criminologia, no grupo de trabalho Sentencing & Penal Decision-Making. Bolsista de Pós-doutoramento no Centro de Investigação em Psicologia (CIPsi) da Universidade do Minho, Braga. Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada, Porto, Portugal.
andreiagtcr@gmail.com

Ana Sacau

Doutora em Psicologia pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha) em 1998. Bacharel em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Professora Associada na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal. Coordenadora dos 1º e 2º ciclos de estudos em Criminologia na mesma instituição.
pssacau@ufp.edu.pt

Filipa Rua

Doutora em Psicologia, na temática da Psicologia da Justiça, pela Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal, em 2015. Mestre em Psicologia, Área de Violência, Crime e Vítimas, pela Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, em 2006. Licenciada em Psicologia, pré-especialização em Comportamento Desviante, pela Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, em 2000. Investigadora independente. Psicóloga na ADILO: Agência de Desenvolvimento Integrado de Lordelo do Ouro.
filipa.rua@gmail.com

Recebido em: 23.05.2017
Aprovado em: 10.08.2017
Última versão das autoras: 04.09.2017

Rodrigues, Andreia de Castro; Sacau, Ana; Rua, Filipa. O estudo do sentenciar: a importância da análise do processo de decisão penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 89-123. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

Áreas do Direito: Fundamentos do Direito; Penal

Resumo: O estudo das decisões judiciais tem convocado o interesse da investigação científica, no entanto, não se tem conseguido chegar a um corpo teórico consensual que explique o processo daquela tomada de decisão. Também ao nível dos resultados empíricos dos estudos se verifica essa falta de consenso. Numa altura em que os sistemas de justiça se encontram na mira de inúmeras críticas, importa explorar o processo de tomada de decisão sentencial, contribuindo para o estabelecimento de um corpo de saber científico, sistemático, rigoroso e aprofundado, providenciando uma imagem objetiva e sistematizada desse processo. Este trabalho pretende, por meio de uma revisão narrativa da literatura, auxiliar a constituição/fortalecimento de uma linha de investigação das ciências sociais sobre o processo de sentenciar, clarificando o papel exercido pelos fatores legais e extralegais. Existem, na literatura, dados robustos de que as variáveis extralegais exercem efeitos diretos e indiretos sobre as sentenças, podendo levar a efeitos de discriminação sobre os réus. Defendemos, então, que o estudo dessa temática deve perspectivar todas essas influências de uma forma complexa, clarificando devidamente o papel exercido pelos fatores legais e extralegais.

Palavras-chave: Sistema de justiça – Sentenciar – Tomada de decisão – Ciências criminais – Aspectos extralegais.

Abstract: The study of judicial decisions has called the interest of scientific research, however, it has not been able to reach a consensual theoretical framework to explain that process. Also in terms of the studies evidence we find this lack of consensus. At a time when justice systems are in the focus of many criticisms, research should explore the process of sentence decision-making, contributing to the establishment of a scientific, systematic, rigorous and thorough knowledge, contributing to an objective and systematic image of this process. This work aims to contribute to the creation/strengthening of a line of research focused on the sentencing process, through a narrative literature review within the social sciences, clarifying the role played by legal factors and extralegal factors. There are strong data in the literature that the extralegal variables exert direct and indirect effects on the sentences, being able to lead to discrimination effects on the defendants. We maintain that the study of this subject should consider all these influences in a complex way, bearing in mind the importance of clarifying the role played by legal and extralegal factors.

Keywords: Justice system – Sentencing – Decision making – Criminal sciences – Extralegal factors.

Sumário: 1. Introdução: a pertinência da constituição do objeto de estudo. 2. Aspectos extralegais no sentenciar: efeitos cumulativos e estereótipos de periculosidade. 3. Considerações finais: a interface entre os fatores legais e extralegais no processo de sentenciar. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução: a pertinência da constituição do objeto de estudo

O estudo[1] das decisões judiciais, em particular as sentenças proferidas por juízes, tem convocado o interesse da investigação científica, aproximadamente

1. Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do financiamento dos trabalhos de doutoramento da primeira autora, pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, com a bolsa

já desde há um século, a partir de distintas áreas científicas (de dentro e fora do direito), incidindo sobre diferentes sistemas jurídicos e tendo como foco uma grande variedade de pontos de interesse. No que diz respeito às ciências sociais, esse objeto tem sido tomado quer pela criminologia, quer pela sociologia, quer pela psicologia, em maior ou menor proporção de acordo com o país em causa e o respectivo privilégio dessa matéria por cada um desses saberes. Não obstante esse facto, não se tem conseguido chegar a um corpo teórico uno e consensual que explique exaustivamente o processo daquela tomada de decisão. Essa dificuldade de aproximação dos vários discursos científicos não será alheia à natureza do fenómeno a que diz respeito. Isso porque o que está em causa nesse tipo de estudo é então tentar perceber e caracterizar um processo complexo, individual, de grande incerteza e, nas palavras de Garrido e Sobral,[2] de forma geral sem possibilidade de verificação da sua veracidade extrajurídica. Também ao nível dos resultados empíricos dos estudos se verifica essa falta de consenso, com a investigação a chegar a certos resultados em determinados momentos históricos, que não raramente são posteriormente complexificados e reformulados, compondo um movimento que Zatz[3] designa por "ondas". A esse nível empírico, a falta de consenso dos resultados relacionar-se-á com diferenças metodológicas essenciais, que foram acompanhando os avanços muito significativos ao plano dos conhecimentos e das ferramentas metodológicas que a investigação tem ao seu dispor, em particular no caso das estatísticas. Para além dessa questão mais técnica, consideramos que essas diferenças relacionar-se-ão também com a própria evolução da consideração de uma série de aspectos, que deriva não apenas da maturação que o saber vai sofrendo a partir dos primeiros estudos (e que esses permitem), mas também, em certa medida, da própria evolução da sociedade na complexificação das matérias, sobretudo do âmbito social.

O grande interesse que essa temática tem provocado relacionar-se-á com várias questões. Desde logo o elevado significado social das decisões que estão em causa[4] e o impacto óbvio que elas têm sobre os cidadãos visados em cada

---

de referência SFRH/BD/46202/2008. Não existe qualquer conflito de interesses que comprometa a cientificidade do trabalho apresentado a declarar.

2. GARRIDO, Vicente; SOBRAL, Jorge. *La investigación criminal*. Barcelona: Nabla, 2008.
3. ZATZ, Marjorie. The changing forms of racial/ethnic biases in sentencing. *Journal of Research in Crime and Delinquency*. USA, v. 24, n. 1, p. 69-92, 1987.
4. SACAU, Ana; CASTRO RODRIGUES, Andreia de. A cidadania e a (des)identificação dos cidadãos com a justiça – Um contributo da psicologia. *Antropológicas*, Porto, n. 12, p. 32-37, 2011.

processo (arguidos e vítimas), assim como sobre a sociedade, de uma forma mais lata. Numa altura em que o sistema de justiça em Portugal se encontra na mira de inúmeras críticas, refletidas em vários inquéritos à população, importa interrogarmo-nos sobre os efeitos que esse estado de descrédito poderá provocar ao nível da (des)identificação dos cidadãos com o sistema que é suposto existir para resolver os conflitos que a vida em sociedade acarreta, seja enquanto sujeitos lesados, seja enquanto sujeitos infratores, efetivos e potenciais. Importa assim, na nossa perspetiva, aumentar e difundir o saber rigoroso acerca do processo de tomada de decisão sentencial, no sentido de poder devolver à sociedade e aos agentes do sistema de justiça um contributo para uma imagem objetiva e sistematizada desse polémico processo. Desde logo e nomeadamente por contraponto aos discursos midiáticos que recorrentemente o têm problematizado[5] e mesmo à própria ideia que o Direito tende a alimentar da Justiça como algo que parece situar-se no registo do óbvio e linear e da tomada de decisões judiciais como algo fora do espaço de crítica – a ideia de Justiça cega. Vivemos, assim, atualmente e nas sociedades mais ocidentalizadas, em tempos de um tratamento algo paradoxal da Justiça – em parte ainda a colocando num espaço de alguma intocabilidade e impermeabilidade em face da análise e crítica e, por outro lado, sujeitando-a a críticas por vários setores da sociedade, inclusivamente de natureza infundamentada.

De acordo com a perspectiva convencional e a imagem clássica da justiça, o papel dos juízes seria o de arbitrar passivamente os casos que chegam ao tribunal, de forma neutra, imparcial, impessoal, isolada e desligada de emoções[6]. Para Bandes[7], o contexto judiciário surgiria assim como o "último bastião/baluarte da razão sem emoção". No entanto, a investigação tem, cada vez mais, reunido dados que abalam e desconstroem esses pressupostos, defendendo, por outro lado, que os julgamentos (acerca) de pessoas são inerentemente difíceis[8] e que tomar decisões acerca e que impliquem na vida dos outros é uma responsabilidade que

5. Idem.
6. MACK, Kathy; ANLEU, Sharyn R. Opportunities for new approaches to judging in a conventional context: attitudes, skills and practices. *Monash University Law Review*, Australia, v. 37, n. 1, p. 187-215, 2011.
7. BANDES, 2009, in MACK, Kathy; ANLEU, Sharyn R. Opportunities for new approaches to judging in a conventional context: attitudes, skills and practices. *Monash University Law Review*, Australia, v. 37, n. 1, 2011, p. 200.
8. WEISS, David; SHANTEAU, James; HARRIES, Priscilla. People who judge people. *Journal of Behavioral Decision Making*, UK, v. 19, issue 5, p. 441-454, 2006.

envolve tanto o intelecto quanto a emoção[9]. A crença na capacidade de dissociação entre essas dimensões, muitas vezes ainda associada à considerada essencial imparcialidade da justiça, apela para uma perspectiva simplista e ingênua do ser humano, que não tem em conta as suas limitações inerentes. Assim, nas palavras de Chase e Hora[10], os juízes, mesmo quando sentados no tribunal, em representação deste, continuam a ser seres sociais e humanos.

Essa discussão convoca uma outra temática que é a da objetividade das decisões. Dixon[11] refere que as diferentes profissões, de um modo geral, procuram fundar a sua legitimidade pela procura da demonstração da objetividade da natureza da sua tomada de decisões. No entanto, vários autores defendem que a objetividade não se pode atingir totalmente, na medida em que (e referindo novamente as limitações inerentes ao ser humano) os indivíduos seriam incapazes de ser racionais no seu sentido mais rigoroso e completo, nomeadamente pela incapacidade de ter em consideração todas as opções contempláveis para uma decisão[12]. Dessa forma, mais do que relativizar a capacidade de o ser humano atuar de forma totalmente objetiva, importa reconceitualizar essa característica como algo que não existe em absoluto e transversalmente, mas que, em parte, se define por relação a cada domínio específico. Postema[13] discute essa questão defendendo, nesse seguimento, que cada domínio deve definir critérios estandardizados para avaliar as reivindicações de objetividade no seu campo.

Essa questão da objetividade, em concreto no que respeita ao contexto jurídico, toca uma outra que é o espaço de legitimidade para a interpretação da Lei, assunto que assume contornos muito distintos de acordo com as particularidades dos vários sistemas jurídicos que existem, mesmo dentro do contexto europeu.

9. SHAMAN, 1996, in MACK, Kathy; ANLEU, Sharyn R. Opportunities for new approaches to judging in a conventional context: attitudes, skills and practices. *Monash University Law Review*, Australia, v. 37, n. 1, p. 187-215, 2011.
10. CHASE; HORA, 2000, in MACK, Kathy; ANLEU, Sharyn R. Opportunities for new approaches to judging in a conventional context: attitudes, skills and practices. *Monash University Law Review*, Australia, v. 37, n. 1, p. 187-215, 2011.
11. DIXON, Jo. The sentencing context of criminal sentencing. *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 100, n. 5, p. 1157-1198, 1995.
12. MICHON, John A.; PAKES, Francis. Judicial decision-making: a theoretical perspective. In: BULL, Ray & CARSON, David (Ed.). *Handbook of psychology in legal contexts*. UK, Chichester: John Wiley & Sons, 1995, p. 509-525.
13. POSTEMA, Gerald. Objectivity fit for law. In: LEITER, Brian (Ed.). *Objectivity in law and morals*. New York: Cambridge University Press, 2001, p. 99-143.

Para Weiss, Shanteau e Harries,[14] os agentes (e mesmo os designados peritos) que avaliam pessoas baseiam-se, em parte e com alguma frequência, em opiniões. A discussão desses autores passa pelo questionamento quanto a existirem, ou não, pessoas cuja opinião mereça particular respeito ou credibilidade, nomeadamente pelo facto de que para muitos domínios de atuação não existe um padrão externo objetivo ou objetivável relativamente ao qual verificar essas opiniões. No entanto, consideramos que a preocupação que esses autores levantam não se deve restringir a esses casos, uma vez que mesmo existindo esse padrão, como ocorre no domínio jurídico com a lei, esta não esgota todos os espaços de avaliação dos agentes que a aplicam. Para além desse argumento, a lei, ao ser aplicada pelo ser humano, não deixa de ser mediada pelo seu funcionamento cognitivo e pelo seu quadro de valores e referências. Esse funcionamento idiossincrático dos avaliadores, segundo Weiss, Shanteau e Harries,[15] resulta frequentemente em falhas ao nível do seguimento consistente das regras da área em causa. Especificamente no que respeita ao contexto judicial, Wagenaar, Van Koppen e Cromag[16] vão ainda mais longe, defendendo que os decisores erram frequentemente, em particular em casos complexos.

Isso nos leva a introduzir aqui uma outra ideia, muito brevemente, que é a da cautela que deve existir na consideração de determinados agentes como especialistas e na determinação das balizas do espaço de legitimidade desses saberes. Há áreas em que a confiança que se deposita nas qualidades excepcionais que os especialistas devem reunir relativamente a determinadas tarefas, em comparação aos outros indivíduos, para serem considerados como tal, assume particular importância[17]. Tal é o caso dos grupos que definem as políticas que nos regem, assim como os indivíduos que avaliam outros, a uma série de níveis, entre os quais o seu risco, periculosidade e potencial de reincidência. No entanto, tal como é discutido no trabalho de Murray e colegas[18], pode ser

14. WEISS, David; SHANTEAU, James; HARRIES, Priscilla. People who judge people. *Journal of Behavioral Decision Making*, UK, v. 19, issue 5, p. 441-454, 2006.
15. Idem.
16. WAGENAAR; VAN KOPPEN; CROMAG, 1993. In: MICHON, John A.; PAKES, Francis. Judicial decision-making: a theoretical perspective. In: BULL, Ray & CARSON, David (Ed.). *Handbook of psychology in legal contexts*. UK, Chichester: John Wiley & Sons, 1995, p. 509-525.
17. MURRAY, Jennifer; THOMSON, Mary; COOKE, David; CHARLES, Kathy. Influencing expert judgment: attributions of crime causality. *Legal and Criminological Psychology*, UK, v. 16, issue 1, p. 126-143, 2011.
18. Idem.

que o título de "perito" seja mais conferido a quem assume um determinado papel, do que propriamente com base no objetivo rigor das suas opiniões. Ainda que esse título só se justifique quando um agente tem capacidades ou competências extraordinárias em face das tarefas a que o título diz respeito, nem sempre é possível avaliar adequadamente esse grau de qualidade[19].

Subjacente a tudo isso está a ideia, cada vez mais trabalhada na literatura como consensual, de que os juízes trazem as suas histórias e experiências pessoais para o tribunal[20], em maior ou menor grau. Essa ideia tem vindo, aliás, a ser defendida desde 1893, nesse caso por Stein, na sua obra *O conhecimento privado do juiz*. Esse autor assume uma posição fraturante, defendendo mesmo que a experiência pessoal dos juízes, no todo do que se compõe e determina a atuação dos indivíduos, tem de entrar na consideração do resultado final das decisões sentenciais, enquanto premissa maior que se sobreporia às duas componentes da decisão até então contempladas – a componente jurídica (à qual esse autor retira o estatuto de "maior") e a componente fática[21].

Assim, as leituras legais que os juízes exercem dos casos, passando inevitavelmente pelo filtro do seu ser individual, podem resultar em interpretações e, portanto, aplicações diferenciadas da lei[22]. Dhami[23] menciona na sua revisão da literatura que alguns investigadores têm descrito, nomeadamente reportando-se ao contexto americano, que o grau de acordo/desacordo entre juízes varia de caso para caso. Para além desse contexto (e das suas claras distinções relativamente ao português), a variabilidade judicial, enquanto as diferenças dos juízes ao nível da sua abordagem ao sentenciar em função da sua individualidade, tem sido tratada como inevitável em qualquer sistema jurídico[24]. Um

19. Idem.
20. BLANCK, Peter D. The appearance of justice revisited. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 86, n. 3, p. 887-927, 1996.
21. Para um aprofundamento dessa reflexão ver SACAU, Ana; CASTRO RODRIGUES, Andreia de. Reflexões sobre o papel da experiência do juiz na tomada de decisões judiciais. *Julgar*, Coimbra, n. 8, p. 155-160, 2009.
22. SACAU, Ana; CASTRO RODRIGUES, Andreia de. A cidadania e a (des)identificação dos cidadãos com a justiça – Um contributo da psicologia. *Antropológicas*, Porto, n. 12, p. 32-37, 2011.
23. DHAMI, Mandeep. From discretion to disagreement: explaining disparities in judges' pretrial decisions. *Behavioral Sciences and the Law*, New Jersey, v. 23, issue 3, p. 367-386, 2005.
24. MAGUIRE, Niamh. Consistency in sentencing. *Judicial Studies Institute Journal*, Dublin, v. 2, p. 14-54, 2010.

dos aspectos que ressalta dessa ideia é a posição defendida por Baum[25] de que os juízes deveriam ser tratados como atores estratégicos que fazem escolhas no sentido de aproximar a lei, como um todo, às suas posições preferenciais o mais possível. Independentemente da estruturação que os diferentes sistemas possam conter e da uniformidade que as suas regras legais possam tentar impor, parece que os juízes tendem, em algum grau, a selecionar e privilegiar a informação que é consistente com as suas atitudes, com os objetivos que consideram mais importante atingir e, mesmo, com a sentença que têm em mente ou com as que usam mais frequentemente[26].

Outro aspeto que se soma a esses argumentos para a, mais do que possível, provável existência de influências por parte do componente pessoal dos juízes sobre as suas decisões sentenciais é o de que os juízes, enquanto classe profissional, revelarão as mesmas diferenças individuais que outros humanos noutros campos de atuação profissional exigente (tal como foi defendido por Gaudet, Harris & John, já no ano de 1934).[27]. Para além disso, os juízes sofrerão das mesmas influências que os outros indivíduos[28], podendo, enquanto cidadãos, partilhar os estereótipos gerais dominantes das comunidades em que se inserem[29]. É então provável, para além de possível, que os juízes não estejam acima desses fenómenos[30], o que recoloca o juiz "como um actor social entre os demais, funcionando de acordo com as mesmas estratégias, sofrendo das mesmas limitações"[31].

25. BAUM, Lawrence. What judges want: judges' goals and judicial behavior. *Political Research Quarterly*, USA, v. 47, p. 749-768, 1994.
26. MAGUIRE, Niamh. Consistency in sentencing. *Judicial Studies Institute Journal*, Dublin, v. 2, p. 14-54, 2010.
27. GAUDET, Frederick; HARRIS, George; JOHN, Charles. Individual differences in penitentiary sentences given by different judges. *Journal of Applied Psychology,* USA, v. 18, issue 5, p. 675-680, 1934.
28. JOHNSTON, Wayne; ALOZIE, Nicholas. The effect of age on criminal processing: is there an advantage in being "older"? *Journal of Gerontological Social Work*, Reino Unido, v. 34, issue 4, p. 65-82, 2001.
29. PRATT, Travis. Race and sentencing: a meta-analyses of conflicting empirical research results. *Journal of Criminal Justice*, USA., v. 26, n. 6, p. 513-523, 1998.
30. SACAU, Ana; JÓLLUSKIN, Glória; SANI, Ana; RODRIGUES, Andreia; GONÇALVES, Salvador. A tomada de decisão judicial em contexto criminal: a construção teórica e o debate empírico em torno do objecto. In: POIARES, Carlos (Ed.). *Manual de psicologia forense*. Lisboa: Ed. Universitárias Lusófonas, 2011, p. 65-88.
31. PAIS, Lúcia. Acerca da avaliação psicológica em contexto forense: notas sobre a "racionalidade" dos magistrados. *Sub Judice*, Coimbra, n. 22-23, 2001, p. 95.

Esse aspeto é bastante relevante na medida em que esses estereótipos e as atribuições que os juízes desenvolvem, de um modo geral, podem entrar na equação das decisões sentenciais, cumprindo a sua funcionalidade de reduzir a incerteza das sentenças[32] e simplificar a elevada complexidade das situações. Nesse sentido, Michon e Pakes[33] defendem que a adoção de estratégias de gestão de tempo e esforço por parte dos juízes se assumiria como necessária, dado o cenário que caracteriza a contingência em que são tomadas as decisões sentenciais, em termos de pressão de tempo e excesso ou limitação de informação, e tendo em conta (novamente) as limitações inerentes ao funcionamento cognitivo humano. Também Albonetti se debruçou sobre essa questão[34], discutindo o papel que essas limitações de tempo e informação podem exercer, por exemplo, ao nível do desenvolvimento de crenças acerca da probabilidade de inocência ou culpabilidade do acusado, crenças essas que podem vir a funcionar como profecias autoconcretizadas. Entrevistas conduzidas com juízes no estudo de Pratt[35] revelaram dados que vão também nesse sentido. Assim, pelo menos em alguma extensão, os juízes pareceram partilhar crenças quanto a propensões particulares de certos indivíduos para o crime, podendo ser influenciados por elas nas suas decisões sentenciais.

Para além das críticas que têm sido veiculadas e exploradas pelo discurso midiático, também o discurso científico tem, então, tomado como objeto o sistema jurídico e o fenómeno do sentenciar. Esse processo tem permitido a reunião de uma série de dados, como esses que acabamos de expor, que abalam alguns mitos que tradicionalmente envolvem aquele sistema e algumas imagens que ainda o caracterizam, pondo em causa a possibilidade de realização de alguns dos seus princípios e objetivos. Toda essa discussão permite perceber porque não é rara na literatura dessa temática a defesa da ideia de que direito

32. FARRELL; HOLMES, 1991. In: PRATT, Travis. Race and sentencing: a meta-analyses of conflicting empirical research results. *Journal of Criminal Justice*, USA, v. 26, n. 6, p. 513-523, 1998.

33. MICHON, John A.; PAKES, Francis. Judicial decision-making: a theoretical perspective. In: BULL, Ray & CARSON, David (Ed.). *Handbook of psychology in legal contexts*. UK, Chichester: John Wiley & Sons, 1995, p. 509-525.

34. STEFFENSMEIER, Darrell; DEMUTH, Stephen. Ethnicity and judges' sentencing decisions: hispanic-black-white comparisons. *Criminology*, Ohio, v. 39, issue 1, p. 145--178, 2001.

35. PRATT, Travis. Race and sentencing: a meta-analyses of conflicting empirical research results. *Journal of Criminal Justice*, USA, v. 26, n. 6, p. 513-523, 1998.

e justiça são conceitos distintos e mesmo antagônicos[36]. Essa posição é sustentada com o argumento de que enquanto o direito depende do cálculo, a justiça situar-se-ia no domínio do incalculável, o que remeteria a aplicação da lei para um terreno movediço. Defendendo ainda que a afirmação da singularidade dos casos seria essencial à realização de justiça, Rodrigues[37] considera que, por outro lado, essa condição substancia "o imenso abismo de incompatibilidade da justiça com o direito".

Nesse cenário, o juiz surge como o agente que tem a função simbólica de representar o Estado e a defesa de todos os cidadãos, assim como a função social de concretizar a interface entre o jurídico e os seus ideais e a realidade. Não se vislumbrando, até então, nenhum caminho para assegurar, universalmente, a consecução da verdade, importa talvez focar na abordagem e não tanto no resultado do processo de tomada de decisão, proposta defendida por vários autores como a base mais adequada para se perseguir a consistência nas decisões[38].

E é aqui que se situa o objetivo geral do trabalho em que se insere este artigo. Essa linha de raciocínio fundamenta, assim, a necessidade de explorar o processo de tomada de decisão sentencial da/na realidade portuguesa, contribuindo para o estabelecimento de um corpo de saber científico, por isso sistemático, rigoroso e aprofundado, que derive na oportunidade de uma exposição objetiva e crítica sobre um processo socialmente muito relevante e que crie as condições para a devolução à sociedade de uma imagem mais real e aferida da justiça. Consideramos que a consolidação e consequente difusão desse saber poderá ter um papel importante também ao nível da desconstrução do fosso que tem vindo a caracterizar a relação entre cidadãos e justiça, na medida em que defendemos que o aprofundamento do conhecimento acerca do funcionamento real do sistema de justiça é essencial e basilar para a sua desejável evolução. Para além desses aspectos, outra questão ganha aqui lugar, reforçando a pertinência da consolidação e sistematização desse objeto de estudo em torno do sentenciar, que é o facto de ainda haver pouca informação empírica em torno da extensão da sensibilidade e do conhecimento dos juízes acerca dos

36. RODRIGUES, Carla. Justiça, direito e emancipação. *Estudos Feministas*, Brasil, v. 15, n. 2, p. 491-510, 2007.

37. Ibidem, p. 492.

38. JACOBSON, Jessica; HOUGH, Mike. *Mitigation*: the role of personal factors in sentencing. London: Prison Reform Trust Report, 2007. KRASNOSTEIN, Sarah; FREIBERG, Arie. Pursuing consistency in an individualistic sentencing framework: if you know where you're going, how do you know when you've got there? *Law and Contemporary Problems*, Carolina do Norte, v. 76, issue 1, p. 265-288, 2013.

efeitos das suas decisões nomeadamente em termos de aspectos extralegais, tanto ao nível da ponderação dos factos, quanto ao nível dos resultados de julgamentos, assim como dos padrões de sentenciar[39].

São várias as questões que podem e têm orientado os estudos dessa grande temática do processo de tomada de decisão sentencial de juízes: como se processam essas decisões? Que modelos ou teorias as explicarão de forma mais adequada? Será a natureza da tomada de decisão judicial mais bem classificada enquanto racional ou enquanto irracional? Qual a influência e o peso diferencial dos fatores denominados legais e extralegais? Há ou não discriminação nas sentenças de determinados indivíduos? Há ou não disparidade e discricionariedade no processo de tomada de decisão sentencial? Serão ou não legítimas essas disparidades e discricionariedades? Serão dimensões a "combater" ou desejáveis? etc.

Prosseguiremos, aqui, por um breve aprofundamento do ponto que se refere à influência dos fatores extralegais no sentenciar, designadamente no seu efeito cumulativo, conforme é a tendência da investigação mais recente dessa temática. Operacionalizando muito brevemente esse conceito dos fatores extralegais, podemos descrevê-los como o conjunto de aspectos, seja de quem está a ser julgado, seja de quem está a julgar, seja do próprio contexto social em que se insere o tribunal, que podem exercer influência sobre as decisões sentenciais, ainda que não estejam contemplados nos códigos como sendo ponderáveis nessas decisões.

2. ASPECTOS EXTRALEGAIS NO SENTENCIAR: EFEITOS CUMULATIVOS E ESTEREÓTIPOS DE PERICULOSIDADE

Fazendo uma retrospectiva dos estudos que se debruçaram sobre esse ponto da influência de variáveis extralegais sobre o processo de sentenciar, uma ideia essencial é que esses estudos passaram por várias fases, caracterizando-se por focos e ênfases distintos – as "ondas" de que falava Zatz[40] –, tendo sido o seu auge nas décadas de 1980 e 1990.

De uma fase inicial de estudo de variáveis do arguido de forma isolada, nomeadamente a raça, o género, o estatuto socioeconómico, a idade, entre outros,

39. BLANCK, Peter D. The appearance of justice revisited. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 86, n. 3, p. 887-927, 1996.

40. ZATZ, Marjorie. The changing forms of racial/ethnic biases in sentencing. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, USA, v. 24, n. 1, p. 69-92, 1987.

a investigação passou a centrar-se na procura consistente de variáveis que compõem os efeitos cumulativos e interativos. O foco passou então a ser a interação que determinadas características individuais, organizacionais e legais poderiam ter, predispondo indivíduos a uma maior vulnerabilidade perante o sistema de justiça criminal. A literatura começa a considerar insuficiente a procura dos efeitos diretos, nomeadamente pelo facto de variáveis como a raça poderem não ter um efeito direto, mas antes indireto[41]. Aliás, as verdadeiras diferenças podem mesmo ficar ocultas quando não se consideram os efeitos combinados, mas apenas os diretos[42]. De modo geral, começa-se mesmo a defender a procura dos efeitos interativos por oposição aos aditivos,[43] nomeadamente pela contestação, cada vez mais defendida, de que seja apenas um fator que estimula o tratamento discriminatório. Nas palavras de Zatz[44],

> (...) a raça, o género e a classe, enquanto eixos centrais subjacentes à nossa estrutura social, intersectam-se de formas dinâmicas, fluidas e multifacetadas. O desafio será como conceptualizar e aceder a estas relações sociais integradas de forma a melhor explorarmos as formas em como as decisões dos tribunais se relacionam com a raça, a classe e o género, e depois usar essa informação para fazer o sistema operar da maneira mais justa possível – tanto para acusados como para vítimas.

41. MARTIN, Marcus E; STIMPSON, Melissa. Women, race, and sentencing in Oklahoma: a preliminary analysis. *Journal of the Oklahoma Criminal Justice Research Consortium*, USA, v. 4, August, 1997.

42. STEFFENSMEIER, Darrell; ULMER, Jeffery; KRAMER, John. The Interaction of race, gender, and age in criminal sentencing: the punishment cost of being young, black, and male. *Criminology*, Ohio, v. 36, issue 4, p. 763-797, 1998.

43. BUSHWAY, Shawn D; PIEHL, Anne M. Judging judicial discretion: legal factors and racial discrimination in sentencing. *Law & Society Review*, Utah, v. 35, n. 4, p. 733-764, 2001. MYERS, Martha A; TALARICO, Susette M. The social contexts of racial discrimination in sentencing. *Social Problems*, Oxford, v. 33, n. 3, p. 236-251, 1986. MUSTARD, David B. Racial, ethnic, and gender disparities in sentencing: evidence from the U.S. federal courts. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. XLIV, p. 285-314, 2001. SPOHN, Cassia; CEDERBLOM, Jerry. Race and disparities in sentencing: a test of the liberation hypothesis. *Justice Quarterly*, UK, v. 8, issue 3, p. 305-327, 1991. SPOHN, Cassia; HOLLERAN, David. The imprisonment penalty paid by young, unemployed black and hispanic male offenders. *Criminology*, Ohio, v. 38, issue 1, p. 281-306, 2000.

44. ZATZ, Marjorie. The convergence of race, ethnicity, gender, and class on court decision making: looking toward the 21st Century. *Policies, and Decisions of the Criminal Justice System*. Washington, DC: Department of Justice, 2000. v. 3. p. 540.

Para além desses efeitos interativos, a complexificação da questão dos efeitos das variáveis extralegais contemplou ainda uma outra situação que é a acumulação dos efeitos que podem ocorrer noutras fases dos processos de justiça criminal que não o julgamento ou a atribuição da sentença[45].

A discriminação no processo de sentenciar pode não dizer nada acerca da discriminação bem suportada doutras etapas do processo de justiça criminal, menos visíveis e expostas[46]. Uma sentença é o resultado de uma longa e complexa série de decisões,[47] que abarca desde as decisões políticas e policiais sobre onde focar a atenção, passando pelas decisões de prisão preventiva ou não, por exemplo, que têm impacto umas nas outras[48]. Sendo a atribuição de uma sentença o resultado e o culminar das decisões sucessivas de múltiplos agentes do sistema de justiça, as disparidades verificadas ao longo do tempo representarão não estrita e exclusivamente a ação do juiz (ainda que privilegiadamente deste), mas também as ações daqueles outros agentes do sistema[49].

A maioria dos agentes envolvidos nas diversas formalidades do processo de justiça criminal parece exercer um grau substancial de discricionariedade, levantando-se a questão da medida em que esse fenómeno poderá resultar em desigualdades sistemáticas no processamento dos casos criminais[50] .

45. CRAWFORD, Charles. Gender, race, and habitual offender sentencing in Florida. *Criminology*, Ohio, v. 38, issue 1, p. 263-280, 2000. PRATT, Travis. Race and sentencing: a meta-analyses of conflicting empirical research results. *Journal of Criminal Justice*, USA, v. 26, n. 6, p. 513-523, 1998. ZATZ, Marjorie. The convergence of race, ethnicity, gender, and class on court decision making: looking toward the 21st Century. *Policies, and Decisions of the Criminal Justice System*. Washington, DC: Department of Justice, 2000. v. 3. p. 503-552.
46. SPOHN, Cassia. The sentencing decisions of black and white judges: expected and unexpected similarities. *Law & Society Review*, Utah, v. 24, issue 5, p. 1197-1216, 1990.
47. PRATT, Travis. Race and sentencing: a meta-analyses of conflicting empirical research results. *Journal of Criminal Justice*, USA, v. 26, n. 6, p. 513-523, 1998.
48. ZATZ, Marjorie. The convergence of race, ethnicity, gender, and class on court decision making: looking toward the 21st Century. *Policies, and Decisions of the Criminal Justice System*. Washington, DC: Department of Justice, 2000. v. 3. p. 503-552.
49. BUSHWAY, Shawn D; PIEHL, Anne M. Judging judicial discretion: legal factors and racial discrimination in sentencing. *Law & Society Review*, Utah, v. 35, n. 4, p. 733-764, 2001.
50. GARBER, Steven; KLEPPER, Steven; NAGAIN, Daniel. The role of extralegal factors in determining criminal case disposition. In: BLUMSTEIN, Alfred; COHEN,

Os fatores relacionados com as várias fases do processo de justiça criminal podem, assim, operar cumulativamente para as desvantagens dos acusados de grupos minoritários. Pode-se então discutir a possibilidade de os atributos extralegais do acusado exercerem a sua influência em cada fase do processo legal em interação com os tipos de variáveis discutidos nos estudos[51].

Nesse seguimento, denota-se uma sensibilidade crescente para a questão da desvantagem acumulada das minorias e para a hipótese de discriminação explícita em fases do processo de justiça criminal anteriores ao julgamento. É, aliás, expectável que violações de valores fundamentais, como a igualdade da proteção e da justiça para todos, ocorram mais frequentemente em momentos menos visíveis do processo de justiça criminal[52]. Essa menor visibilidade e a decorrente dificuldade de acessibilidade em termos de investigação fazem com essas fases sejam menos estudadas do que as decisões sentenciais, e, portanto, que os dados no sentido da discriminação naquelas surjam ainda mais fracos do que os relativos às sentenças. Já Green[53], aliás, havia defendido que é mais provável que a injustiça perante a Lei para com grupos minoritários aconteça nas fases menos públicas da administração da justiça do que em tribunal. A ocorrência de discriminação indireta pode, desde logo, ocorrer em função das desvantagens socioeconómicas do grupo minoritário do acusado, nomeadamente em termos da (in)capacidade de exploração de todos os recursos oferecidos pela Lei, antes e depois da acusação.

Uma revisão da literatura que se debruçou precisamente sobre as várias fases do processo antecedentes à atribuição da sentença concluiu que os fatores extralegais afetavam os resultados judiciais em vários momentos do processo, incluindo a decisão de aceitar o caso, a decisão de acusação, a escolha da alegação inicial, a definição da caução e a da pena[54]. A única fase que os autores

---

Jacqueline; MARTIN, Susan; TONRY, Michael (Ed.). *Research on sentencing*: the search for reform. Washington: National Academy Press, 1983, p. 55-128.

51. HAGAN, John. Extra-legal attributes and criminal sentencing: an assessment of a sociological viewpoint. *Law and Society Review*, Utah, v. 8, issue 3, p. 357-383, 1974.

52. KLECK, Gary. Racial discrimination in criminal sentencing: a critical evaluation of the evidence with additional evidence on the death penalty. *American Sociological Review*, California, v. 46, issue 6, p. 783-805, 1981.

53. GREEN, Edward. Inter and intra-racial crime relative to sentencing. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Chicago, v. 55, issue 3, p. 348-358, 1964.

54. GARBER, Steven; KLEPPER, Steven; NAGAIN, Daniel. The role of extralegal factors in determining criminal case disposition. In: BLUMSTEIN, Alfred; COHEN,

consideraram não ter sido afetada por esses aspectos foi, precisamente, a fase da condenação em julgamento, ou seja, a decisão quanto à inocência ou culpabilidade – paradoxalmente a mais estudada. Esse dado é corroborado por vários outros autores, designadamente Gruhl e outros[55], cujos dados suportam a possibilidade de haver mais justiça no momento do julgamento do que no pré-julgamento, nomeadamente pelo facto de o julgamento ser mais visível e mais regulamentado por procedimentos formais.

A esse respeito, defende-se que a preocupação com a legitimidade do processamento judicial e do tratamento diferencial fez com que certos tipos de enviesamentos, de alguma forma, tenham se tornado racionalizados e institucionalizados[56]. A ideia é que provavelmente não se têm dissipado os estereótipos acerca de quem é particularmente ameaçador, nem as disparidades nos recursos disponíveis com os quais se combate o sistema legal, não se podendo, então, falar de diminuição ou desaparecimento da discriminação, apesar de os dados da investigação reduzirem o impacto das variáveis isoladas, designadamente na fase de julgamento. Essa discriminação parece simplesmente ter vindo a mudar a sua forma, na direção de uma maior aceitabilidade: "a racionalização formal crescente do processo legal tem feito com que a discriminação sofra cirurgia cosmética, com o seu rosto ficando mais apelativo. O resultado é um enviesamento com uma forma diferente da que aparecia no passado. Agora é subtil em vez de explícita"[57]. Também os movimentos em direção à burocratização dos procedimentos da justiça criminal podem ter transferido a maior parte da discricionariedade para outros participantes do sistema de justiça criminal como as polícias, as legislaturas estatais etc. A sentença pode, assim, surgir apenas como a fase mais visível de um processo que pode ser discriminatório a vários níveis e em muitas fases anteriores[58].

Outra análise das decisões de juízes em fases que não a do julgamento, nomeadamente a decisão sobre a colocação em liberdade, de acusados criminais,

---

Jacqueline; MARTIN, Susan; TONRY, Michael (Ed.). *Research on sentencing*: the search for reform. Washington: National Academy Press, 1983, p. 55-128.

55. GRUHL, John; WELCH, Susan; SPOHN, Cassia. Women as criminal defendants: a test for paternalism. *Political Research Quartely,* USA, v. 37, n. 3, p. 456-467, 1984.

56. ZATZ, Marjorie. The changing forms of racial/ethnic biases in sentencing. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, USA, v. 24, n. 1, p. 69-92, 1987.

57. Ibidem, p. 87-88.

58. PRATT, Travis. Race and sentencing: a meta-analyses of conflicting empirical research results. *Journal of Criminal Justice*, USA, v. 26, n. 6, p. 513-523, 1998.

antes do julgamento, concluiu quanto à necessidade da condução de investigações acerca das várias decisões implícitas a cada tipo e fase da decisão, uma vez que encontrou uma variação na saliência dos fatores legais, entre diferentes decisões[59]. Isso porque os estudos de decisões sentenciais podem revelar mais, por exemplo, se se focarem separadamente na decisão por penas de prisão ou por outras sentenças, e na duração das sentenças, a partir de amostras apropriadas. Alguns anos mais tarde, explorando a mesma decisão por prisão preventiva ou não, Schlesinger[60] verificou a existência de menos decisões de liberdade antes do julgamento para negros e latinos, com os latinos a receberem as mais prejudiciais.

Especificamente em termos de outra decisão, dessa feita da atribuição do estatuto de reincidência (aspecto legal agravante das penas), outro estudo verificou que a seriedade das acusações e dos antecedentes criminais eram o aspecto mais preponderante na probabilidade de se ser sentenciado como reincidente, assim como habitar em locais com maior percentagem de negros[61]. Ao nível da atribuição daquele estatuto, esse estudo verificou ainda que a raça exercia pouco efeito quando a vítima era negra, mas mais importância quando a vítima era branca. Em termos da seriedade do crime, verificou-se que para crimes sérios e não ambíguos, a raça não influenciou a classificação enquanto reincidente, o que suporta a "hipótese da liberação", de Kalven e Zeisel[62], repegada por Spohn e Cederblom[63].

Essa "hipótese da liberação" pode trazer um contributo importante para a explicação dos resultados contraditórios das investigações quanto à existência de discriminação. A premissa é a de que a sentença possa ser fortemente determinada pela seriedade do crime e pelos antecedentes criminais do(a) arguido(a) em crimes mais sérios. Nesse tipo de caso, invocam-se sentenças severas, sem grande espaço para discricionariedade por parte de quem sentencia ou

59. NAGEL, Ilene. H. The legal/extra-legal controversy: judicial decisions in pretrial release. *Law & Society Review*, Utah, v. 17, n. 3, p. 481-515, 1983.

60. SCHLESINGER, Traci. Racial and ethnic disparity in pretrial criminal processing. *Justice Quarterly*, v. 22, issue 2, p. 170-192, 2005.

61. CRAWFORD, Charles; CHIRICOS, Ted; KLECK, Gary. Race, racial threat, and sentencing of habitual offenders. *Criminology*, Ohio, v. 36, issue 3, p. 481-511, 1998.

62. KALVEN; ZEISEL, 1966. In: SPOHN, Cassia; CEDERBLOM, Jerry. Race and disparities in sentencing: a test of the liberation hypothesis. *Justice Quarterly*, UK, v. 8, issue 3, p. 305-327, 1991.

63. SPOHN, Cassia; CEDERBLOM, Jerry. Race and disparities in sentencing: a test of the liberation hypothesis. *Justice Quarterly*, UK, v. 8, issue 3, p. 305-327, 1991.

oportunidades para a consideração de fatores legalmente irrelevantes como a raça. Por outro lado, em casos menos graves, as sentenças podem não ser definidas, de forma tão clara, pelas circunstâncias do crime ou pelos antecedentes criminais do(a) acusado(a), criando espaço para juízes e juízas tomarem em consideração mais fatores extralegais na ponderação das decisões sentenciais. Spohn e Cederblom[64] verificaram que os(as) juízes(as) tiveram relativamente pouca latitude na decisão de sentenciar o(a) acusado(a) à prisão, quando confrontados com réus condenados por homicídio, roubo ou violação. Na situação em que o(a) acusado(a) tinha condenações anteriores, tinha vitimado um(a) estranho(a), ou detinha uma arma durante o crime, a discricionariedade de quem sentencia foi similarmente diminuída. Por outro lado, no que toca a casos menos sérios, nos quais a sentença não era tão óbvia, os(as) juízes(as) foram mais livres dos constrangimentos impostos pela Lei, pelos outros membros do grupo de trabalho de tribunal, e pela opinião pública, reunindo condições para ter em conta considerações extralegais como a raça. Naquilo que designam, então, por "casos borderline"[65], os(as) juízes(as) têm maior discricionariedade na determinação da sentença, podendo refletir-se estereótipos e verificar-se enviesamentos relativamente a minorias raciais.

Ainda no que respeita à atribuição do estatuto de reincidente, com relação ao tipo de crime, existem dados que constataram que a raça e a etnia se revelavam importantes, especificamente no que toca aos crimes violentos e com drogas[66].

Outro momento do processo judicial pode ainda ser considerado nessa análise sobre o percurso do estudo da influência dos fatores extralegais sobre as decisões sentenciais, que é a fase pós-atribuição da sentença. Assim, a discriminação parece poder entrar em todas as decisões que acompanham o cumprimento de uma pena, por exemplo, ao nível do tratamento pelos guardas prisionais e pelos técnicos da prisão que exercem um papel na duração efetiva da pena – "o sistema correcional é um mundo fechado onde a discriminação pode ter lugar"[67]. No entanto, como esse estudo ressalva, a duração da pena é

64. Idem.

65. Ibidem, p. 323.

66. CROW, Matthew; JOHNSON, Kathrine. Race, ethnicity, and habitual-offender sentencing: a multilevel analysis of individual and contextual threat. *Criminal Justice Policy Review*, California, v. 19, n. 1, p. 63-83, 2008.

67. PETERSILIA, Joan. Racial disparities in the criminal justice system: a summary. *Crime & Delinquency*, v. 31, n. 1, 1985, p. 22.

o único aspecto que fica registrado e, consequentemente, que tem sido recorrentemente mais analisado.

A existência desse outro tipo de discriminação tem sido corroborada por outras discussões, por exemplo, defendendo-se que nenhuma forma de discriminação é inconsistente com a possibilidade de existência de racismo institucional ou discriminação económica nas sentenças[68]. Nomeadamente porque se os acusados negros são mais pobres do que os brancos, então decorrerão diferenças raciais nas sentenças com base na discriminação económica. Esse autor reflete ainda acerca de outras formas de o preconceito de classe se manifestar no interior do sistema legal, nomeadamente quando não ameaçam tão claramente a sua legitimidade. Exemplifica com o facto de que se um sistema legal permitir que diferentes recursos económicos sejam usados na defesa criminal, isso decorrerá em vantagens legais, quer ao nível do evitamento de condenações, quer ao nível da obtenção de sentenças mais leves, mesmo que essas vantagens operem indiretamente e possam não implicar nenhum preconceito intencional de parte de nenhum sistema decisor[69]. Essa posição é muito bem ilustrada na afirmação "se a protecção igualitária da Lei é uma comodidade que deve ser procurada, então esta igualdade não pode ser nada mais do que uma ficção legal enquanto os recursos para tal procura sejam distribuídos de uma forma desigual"[70].

Outra questão muito interessante e igualmente transponível para a nossa realidade é a de que os estudos do processamento criminal, até a altura desses estudos paradigmáticos que agora reportamos, não tinham dado o devido destaque ao modo como as legislaturas criminalizam comportamentos comuns entre pessoas de classes socioeconómicas mais desfavorecidas. Simultaneamente, é frequente que as legislaturas falhem na criminalização, tenham menos condições para perseguir judicialmente e/ou atribuam ligeiras sanções a comportamentos igualmente prejudiciais, comuns entre pessoas de classe média ou alta – "um estudo detalhado do uso da riqueza e do poder no controlo da composição ideológica das legislaturas e das agências repressivas, que influenciam a selecção de comportamentos a ser criminalizados, a configuração inicial das amplitudes das penas, a determinação das prioridades repressivas e

68. KLECK, Gary. Racial discrimination in criminal sentencing: a critical evaluation of the evidence with additional evidence on the death penalty. *American Sociological Review*, California, v. 46, issue 6, p. 783-805, 1981.

69. Idem.

70. Ibidem, p. 801.

a distribuição dos recursos para a repressão, poderá revelar muito mais acerca do porquê dos negros e pessoas de classe inferior serem sobre-representados em dados relativos a detenções, julgamentos e penas de prisão dentro do sistema de justiça criminal"[71].

Essa questão da discriminação económica transporta-nos, em alguma medida, para outra que é a da construção social daquilo que pode ser designado como as figuras do medo da nossa sociedade[72] e as implicações dessa definição no fenómeno do crime e no processo de justiça criminal. Assim, uma premissa central dessa discussão é a de que nós aprendemos de quem devemos ter medo, para além do que e onde temer[73]. Os grupos sociais diferem, então, nas suas capacidades para moldar e definir a desviância, assim como nas suas capacidades para mobilizar recursos, enquanto acusados, uma vez envolvidos no sistema legal. Como é de esperar, os resultados mais favoráveis tendem a ir para quem tem os melhores recursos sociais, políticos e económicos, sendo que, por outro lado, pessoas em situação mais vulnerável nesses termos (designadamente minorias e pessoas com estado socioeconómico mais frágil) estarão em desvantagem, por não disporem dos recursos necessários para se defender a partir de uma posição verdadeiramente adversária[74]. Desde logo, podemos evocar a relatividade da valorização legal das perdas sofridas com as penas, ilustrada com o exemplo da consideração paradoxal comum de que um executivo abastado sofra o suficiente se a sua condenação resultar em perda de posição, riqueza ou reputação, mas, no entanto, as mesmas perdas não serem consideradas suficientes para os pobres e minorias que enchem as prisões. Assim, "os factores que servem para diferenciar aqueles que recebem tratamentos mais condescendentes daqueles que recebem as medidas plenas das sanções contempladas pelo sistema legal não são neutros do ponto de vista da classe ou da raça"[75].

Nesse seguimento, outra ideia que deve ser refletida por um movimento que pense e analise a prática do sentenciar, como aquele que pretendemos

71. KLECK, Gary. Racial discrimination in criminal sentencing: a critical evaluation of the evidence with additional evidence on the death penalty. *American Sociological Review*, California, v. 46, issue 6, 1981. p. 801.

72. MACHADO, Carla; SANTOS, Celina Manita. *Percepções e figuras do medo na cidade do Porto*. Porto: Observatório Permanente para a Segurança/Radicário, 1999.

73. ZATZ, Marjorie. The changing forms of racial/ethnic biases in sentencing. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, USA, v. 24, n. 1, p. 69-92, 1987.

74. Idem.

75. Ibidem, p. 84.

estruturar neste trabalho, é a importância da consideração do modo como as características dos arguidos (por exemplo, em relação a raça e gênero) são socialmente construídas no tribunal. Isso inclui atribuições acerca "de quem é uma vítima digna, quem é uma boa mãe, e que tipo de crimes são 'normais' para homens e mulheres"[76]. Essa consideração é particularmente importante na medida em que as atribuições relacionadas com diferentes grupos são distintas – "cada grupo desfavorecido dos EUA tem sido "racializado" de forma específica, de acordo com as necessidades do grupo maioritário em alturas particulares da sua história, e que isto resultou em que cada grupo seja visto e tratado diferencialmente pela 'mainstream society'"[77].

Um dos aspectos que tem justificado a adoção de imagens estereotipadas dos acusados por parte dos juízes relaciona-se com o facto de esses decisores raramente terem informação completa acerca dos casos e dos acusados. As percepções e as atribuições dos juízes que se relacionam, no fundo, com a posição social do acusado, moldam os seus processos de tomada de decisão, auxiliando-os na categorização dos acusados ao nível da sua periculosidade, fiabilidade e culpabilidade. Essas atribuições e estereótipos sociais podem ajudar a preencher os hiatos e a limitação de informação que os juízes frequentemente têm com relação a acusados e casos, tornando-se formas de conhecimento pertinentes que podem orientar as suas decisões. No entanto, esses estereótipos não se encontram sempre salientes, necessitando ser por outras características da justiça criminal, como o tipo de crime. Como se deu conta, essas atribuições serão distintas relativamente aos diferentes grupos desfavorecidos a que se ligam e terão mais probabilidade de estar salientes e, portanto, ter efeitos adversos em determinados contextos legais[78].

O processamento de tomada de decisão dos casos será influenciado e decorrerá da interação entre essas imagens estereotipadas dos acusados – nomeadamente em torno da sua periculosidade e potencial de reabilitação – e os recursos e comportamentos desses[79].

---

76. ZATZ, Marjorie. The convergence of race, ethnicity, gender, and class on court decision making: looking toward the 21st Century. *Policies, and Decisions of the Criminal Justice System*. Washington, DC: Department of Justice, 2000. v. 3. p. 534-535.
77. SCHLESINGER, Traci. Racial and ethnic disparity in pretrial criminal processing. *Justice Quarterly*, v. 22, issue 2, 2005, p. 188.
78. Idem.
79. ZATZ, Marjorie. The convergence of race, ethnicity, gender, and class on court decision making: looking toward the 21st Century. *Policies, and Decisions of the Criminal Justice System*. Washington, DC: Department of Justice, 2000. v. 3. p. 503-552.

Vai-se consolidando, então, a constatação de que a posição de um indivíduo na estrutura social tem implicações no tratamento pelo sistema legal – a conjugação da ameaça, com a falta de recursos e com os estereótipos, vai ligar a posição na estrutura social a um tratamento diferencial dentro do sistema legal[80].

A projeção de expectativas de comportamentos acerca da periculosidade ou do potencial de reabilitação daqueles acusados, que decorre da preocupação com a manutenção da ordem e com a proteção da comunidade[81], surge não apenas por parte dos juízes, como também por parte do sistema e da sociedade como um todo. A esse respeito pode-se discutir o papel dos grupos de poder de uma determinada sociedade na determinação e no controlo dos grupos da desviância. As "elites" podem assim, em alguma medida, usar e moldar os mecanismos coercivos de controlo social para manter as suas posições de privilégio, nomeadamente controlando mais as figuras desviantes que lhes causam maior ameaça[82]. Essa posição é consistente com a perspetiva da ameaça racial que considera a lei criminal, o sistema de justiça criminal e a sanções atribuídas pelo sistema como ferramentas de controlo sobre os grupos minoritários que alegadamente ameaçam as posições e a segurança dos grupos de poder[83]. Myers e Talarico[84] dão alguns exemplos desse fenómeno, nomeadamente o da criminalidade dos negros poder implicar uma periculosidade que é particularmente saliente em alguns contextos, nomeadamente, aqueles em que elites brancas se encontram numa postura defensiva e têm recursos para mobilizar o sistema legal no sentido da defesa dos seus interesses. Por outro lado, as penas de prisão menos coercivas podem refletir uma preferência, por parte das elites, por métodos diretos de controlo social como a ação policial[85]. De uma forma

80. STEFFENSMEIER, Darrell; DEMUTH, Stephen. Ethnicity and sentencing outcomes in U.S. federal courts: who is punished more harshly? *American Sociological Review*, California, v. 65, n. 5, p. 705-729, 2000.

81. STEFFENSMEIER, Darrell; DEMUTH, Stephen. Ethnicity and judges' sentencing decisions: hispanic-black-white comparisons. *Criminology*, Ohio, v. 39, issue 1, p. 145--178, 2001.

82. MYERS, Martha A; TALARICO, Susette M. The social contexts of racial discrimination in sentencing. *Social Problems*, Oxford, v. 33, n. 3, p. 236-251, 1986.

83. CROW; JOHNSON, 2008. De acordo com essa posição, os estereótipos que associam as minorias com o crime, assim como a ameaça percebida que decorre daqui, estariam na base da atribuição de sentenças mais severas a negros e a hispânicos (idem).

84. MYERS, Martha A; TALARICO, Susette M. The social contexts of racial discrimination in sentencing. *Social Problems*, Oxford, v. 33, n. 3, p. 236-251, 1986.

85. MYERS e TALARICO refletem ainda sobre a possibilidade de as elites poderem estar mais disponíveis para lidar com as consequências de penas menores, com mais

ou de outra, ressalta a necessidade de determinar os constrangimentos, sejam sociopolíticos, sejam culturais, em que as elites operam[86].

Essa discussão leva-nos à importância de a investigação não deixar de considerar a forma como as atribuições relativamente aos vários grupos e às suas caraterísticas se constroem em contextos sociais e históricos particulares. Assim, um objetivo que se revela muito pertinente no sentido de contribuir para a contextualização e a significação das decisões sentenciais é precisamente o de aferir essas atribuições nos seus conteúdos particulares em cada tempo e espaço.

Assim, de tudo isso se percebe que a possível discriminação que um indivíduo pode sofrer no contacto com o sistema de justiça pode resultar dos efeitos interativos de uma série de atributos e comportamentos seus[87], mais explícitos ou mais subtis, assim como dos efeitos acumulados da discriminação que podem ocorrer nas várias fases processuais. Como já dissemos, para além desses aspectos centrados no arguido, existem outros que devem ser considerados para a devida compreensão de todo esse processo, nomeadamente os relacionados com o juiz e do próprio contexto no qual o processo judicial acontece, ainda que neste trabalho as limitações de espaço nos tenham levado a privilegiar as que acabamos de expor, até pelo muitíssimo inferior volume de investigação que têm representado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A INTERFACE ENTRE OS FATORES LEGAIS E EXTRALEGAIS NO PROCESSO DE SENTENCIAR

Essa discussão de alguns dos aspectos que podem influenciar o funcionamento do sistema de justiça, e a falta de consenso relativamente aos processos implícitos às sentenças criminais[88], leva-nos então à defesa da pertinência do estudo dessa temática perspectivar todas essas influências de uma forma complexa

criminosos nas ruas, do que com as responsabilidades da sobrelotação dos estabelecimentos prisionais e a construção de novos. Consideram ainda que essa interpretação seja especulativa, que uma adequada análise dos argumentos baseados na teoria do conflito exige a avaliação da quantidade e custos da coerção em diferentes estádios do processo de controlo social (Idem).

86. Idem.

87. Idem.

88. DIXON, Jo. The sentencing context of criminal sentencing. *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 100, n. 5, p. 1157-1198, 1995.

e enquanto possibilidades, até pela possível interação e acumulação, ao longo do processo judicial, dos vários aspectos que podem ser considerados.

Essa síntese convoca outra discussão que é a da interface entre os fatores legais e os extralegais.

Nagel[89] foi uma das autoras a primeiramente explorar essa questão. Começando por refletir o hiato entre a lei na teoria e na prática, Nagel[90] introduz a controvérsia que rodeia os fatores extralegais, conceptualizando-os, nomeadamente, na sua distinção semântica em relação a outros conceitos como o de fatores ilegais, inapropriados ou socialmente injustos. Este estudo, que abriu caminho para o destaque a outras variáveis extralegais, para além da raça, idade, género e outras medidas sociodemográficas, considerou que essas não são as únicas a influenciar as decisões judiciais[91]. Consistentemente, defende-se a importância de um refinamento das duas componentes das decisões sentenciais, a legal e a extralegal, como parte de "um processo contínuo que busca a compreensão das bases das decisões que levam aos resultados dos julgamentos"[92]. Essa preocupação permitiria, ainda, uma estimativa mais realista dos enviesamentos introduzidos pela variação intrajuiz – isto é, a variação que pode ocorrer por parte de um mesmo agente perante casos muito semelhantes – e algum sentido acerca das condições em que fatores extralegais competem com, ou mesmo excedem, o impacto dos fatores prescritos na lei.

Vários trabalhos assumiram essa preocupação, frequentemente afirmando os aspectos legais como os determinantes primários das sentenças independentemente do contexto organizacional[93], por oposição aos fatores legalmente irrelevantes, considerados, naturalmente, menos consistentes[94] relativamente

89. NAGEL, Ilene H. The legal/extra-legal controversy: judicial decisions in pretrial release. *Law & Society Review*, Utah, v. 17, n. 3, p. 481-515, 1983.

90. Idem.

91. Especificamente no caso das decisões com pré-julgamento, o estudo da autora parece apontar para que os fatores extralegais mais determinantes da decisão de libertação antes do julgamento sejam a probabilidade percebida de o acusado revelar-se perigoso se libertado e a identidade individual do juiz.

92. NAGEL, Ilene H. The legal/extra-legal controversy: judicial decisions in pretrial release. *Law & Society Review*, Utah, v. 17, n. 3, 1983, p. 513.

93. DIXON, Jo. The sentencing context of criminal sentencing. *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 100, n. 5, p. 1157-1198, 1995.

94. SPOHN, Cassia; HOLLERAN, David. The imprisonment penalty paid by young, unemployed black and hispanic male offenders. *Criminology*, Ohio, v. 38, issue 1, p. 281-306, 2000.

aos primeiros. Nesse sentido, tem-se defendido a existência de uma consistência considerável das sentenças atribuídas para um mesmo crime, sendo a magnitude dos efeitos dos fatores legais próxima nos vários grupos[95]. Não obstante essa perspectiva que podemos designar de realista relativamente à diferença de consistência e peso dos fatores legais e extralegais, existem efetivamente dados robustos que as variáveis extralegais exercem efeitos diretos e indiretos sobre as sentenças[96].

A essa discussão acrescentamos a de acompanhar esse refinamento entre as variáveis legais e extralegais com uma leitura razoável e crítica do diferente nível em que obviamente se encontra cada uma das componentes. Isto é, a clarificação do papel exercido pelos fatores legais e pelos fatores extralegais não deve ser feito com o intuito de uma comparação direta entre eles, em termos da sua "magnitude". Não será na comparação com o tamanho dos efeitos das variáveis legais que as variáveis extralegais devem ou não ganhar "significância", antes quase pela sua mera existência. Ou seja, é de esperar que as decisões judiciais sejam maioritariamente influenciadas pelos fatores legais, o que não diminui a importância e relevância da influência dos fatores extralegais, ainda que essa influência seja percebida como pequena. Porque mesmo pequena, dada a natureza do impacto em causa, é inevitavelmente enorme.

Em suma, o estudo da tomada de decisões sentenciais passou por várias fases em que se enfatizaram diversas temáticas a partir de distintas abordagens. Uma delas foi então a que se centra nas influências que podem ocorrer sobre as decisões, designadamente nos fatores legais e extralegais, amplamente visados em estudos, centradas na questão da discriminação, muitas vezes com o intuito de encontrar a base para a disparidade do sistema judicial recorrentemente verificada, e frequentemente sob uma perspetiva da sociologia.

---

95. STEFFENSMEIER, Darrell; DEMUTH, Stephen. Ethnicity and judges' sentencing decisions: hispanic-black-white comparisons. *Criminology*, Ohio, v. 39, issue 1, p. 145--178, 2001.

96. MARTIN, Marcus E; STIMPSON, Melissa. Women, race, and sentencing in Oklahoma: a preliminary analysis. *Journal of the Oklahoma Criminal Justice Research Consortium*, USA, v. 4, August, 1997. SCHLESINGER, Traci. Racial and ethnic disparity in pretrial criminal processing. *Justice Quarterly*, v. 22, issue 2, p. 170-192, 2005. SPOHN, Cassia; HOLLERAN, David. The imprisonment penalty paid by young, unemployed black and hispanic male offenders. *Criminology*, Ohio, v. 38, issue 1, p. 281-306, 2000.

Este trabalho pretende ser uma peça basilar para a constituição, em âmbito nacional, de uma linha de investigação das ciências sociais que internacionalmente já revela solidez, diversificação e maturidade – o processo de sentenciar.

Assim, constitui-se aqui uma área de estudo essencial, que se baseie nas especificidades, mas também transversalidades das realidades jurídicas e em dados que venham a informar o processo de decisão sentencial em termos da sua efetiva prática e que permitam a sinalização de aspectos dessa prática a refletir e problematizar de forma particular. Revela-se, então, pertinente a criação de um corpo de investigação como esse, que venha a informar a criminologia e o direito acerca de questões como os aspectos subjacentes ao processo de sentenciar, designadamente no que respeita a como se aplica a lei diferentemente ou não entre os diversos juízes, e que aspectos preenchem essas diferenças e concretizam os passos indicados pela lei.

Os estudos que têm vindo a ser desenvolvidos nesse âmbito limitam-se, frequentemente, a analisar as decisões judiciais finais, aspecto que pode ser perspectivado como uma limitação[97]. Parece-nos particularmente interessante, por outro lado, explorar as práticas sentenciais enquanto processo, mais do que as decisões finais em si mesmas. Como aponta Sherwin[98], as opiniões judiciais formais são uma grande fonte de informação, mas não deixam de ser escritas depois de os seus autores terem chegado à decisão e de as terem racionalizado, para além de poderem resultar de processos de negociação, não refletindo necessariamente, portanto, os processos individuais de decisão.

Efetivamente, as práticas sentenciais e os processos de tomada de decisão judicial têm merecido pouca atenção por parte da literatura da área, o que fundamenta a defesa da pertinência de uma abordagem dessa natureza[99].

Dois argumentos centrais podem ser apontados no sentido dessa ideia. Por um lado, o facto de a investigação ter demonstrado que há uma falha ao nível do autoconhecimento dos juízes sobre os fatores que podem influenciar as suas tomadas de posição, sobretudo em situações de incerteza. Por outro

97. SOLIMINE, Michael; WHEATLEY, Susan. Rethinking feminist judging. *Indiana Law Journal*, Indiana, v. 70, issue 3, p. 891-920, 1995.

98. SHERRWIN, Emily. Features of judicial reasoning. In: KLEIN, David; G. MITCHELL, Gregory (Ed.). *The psychology of judicial decision-making*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 121-130.

99. TOMBS, Jacqueline; JAGGER, Elizabeth. Denying responsibility – Sentencers' accounts of their decisions to imprison. *British Journal of Criminology*, Oxford, v. 46, issue 5, p. 803-821, 2006.

lado, o facto de que o que os juízes dizem que fazem em termos daquilo que seriam as suas considerações primárias pode ser muito distinto daquilo que é o seu comportamento efetivamente[100]. Por outras palavras, esse estudo de Goodman-Delahunty e Sporer[101] constatou que as descrições dos aspectos que motivam as decisões dos juízes raramente corresponderam com as suas atuações na prática.

Nessa sequência, a abordagem tradicional dos estudos pode não se revelar a mais adequada para a prossecução dos objetivos de melhor perceber como se processa a tomada de decisão sentencial e os seus fatores subjacentes, nomeadamente em contextos jurídico-legais (como o português), no qual ainda existe uma clara lacuna nesse tipo de estudo. Essa lacuna convoca a opção por uma abordagem exploratória e descritiva, que não se limite à procura das racionalidades refletidas nas decisões finais, mas antes que tente aceder a aspectos relevantes dos racionais implícitos e implicados naquelas, indo então para além da crítica de Solimine e Wheatley[102] de que os estudos empíricos se centram nas decisões e votos dos juízes. Tal como é argumentado em vários outros estudos,[103] um fenómeno deve ser descrito antes de poder ser explicado, e em particular as decisões sentenciais se beneficiariam de uma análise a partir dessa abordagem descritiva.

Essas opções ganham mais sentido se implementadas com estudos naturalistas e aferidas aos contextos a que dizem respeito, menos comuns nesae campo[104], a partir, então, de casos reais e com a população real, ao contrário do que tem caracterizado a maioria dos estudos do sentenciar, que recorrem frequentemente a casos simulados e/ou estudantes universitários[105].

---

100. GOODMAN-DELAHUNTY, Jane; SPORER, Siegfried. Unconscious influences in sentencing decisions: a research review of psychological sources of disparity. *Australian Journal of Forensic Sciences,* Australia, v. 42, issue 1, p. 19-36, 2010.

101. Idem.

102. SOLIMINE, Michael; WHEATLEY, Susan. Rethinking feminist judging. *Indiana Law Journal*, Indiana, v. 70, issue 3, p. 891-920, 1995.

103. HENHAM, Ralph. Problems of theorizing sentencing research. *International Journal of the Sociology of Law*, UK, v. 28, issue 1, p. 15-32, 2000. TATA, Cyrus. Conceptions and representations of the sentencing decision process. *Journal of Law and Society*, Oxford, v. 4, issue 3, p. 395-420, 1997.

104. LEISER, David; SCHATZBERG, Dov-Ron. On the complexity of traffic judges' decisions. *Judgment and Decision Making*, Pennsylvania, v. 3, n. 8, p. 667-678, 2008.

105. TOMBS, Jacqueline; JAGGER, Elizabeth. Denying responsibility – Sentencers' accounts of their decisions to imprison. *British Journal of Criminology*, Oxford, v. 46,

Ainda que a abordagem para o desenvolvimento desses estudos beneficie um registo interdisciplinar, a perspetiva da área científica da psicologia da justiça em particular, dentro das ciências sociais, pode revelar grandes potencialidades para a consolidação desse campo dentro da criminologia e do direito. Concretamente, consideramos que o investimento sobre a realidade jurídica por parte dessa disciplina, ao nível da consideração de dimensões psicológicas fundamentais, pode acrescentar outros olhares e discursos potencialmente enriquecedores. Isso por permitir ao próprio sistema de justiça e aos seus atores diretos contributos de uma outra natureza daqueles que o próprio direito imputa a si mesmo, mas também, direta e indiretamente, por permitir esse retorno àqueles que a ele recorrem – os cidadãos. Essa possibilidade não deixa de ser relevante pelo facto de que as opiniões desses cidadãos em face do sistema de justiça, ainda que sejam, não raras vezes, pouco fundamentadas na realidade total dos factos, são, de modo geral, negativas e causadoras de uma atitude de oposição e crítica perante aquele sistema[106]. Essa crítica chega mesmo a substanciar aquilo que se pode designar como um descrédito dos cidadãos quanto ao fim mais elementar do dispositivo judicial, tal como discute António Homem: "Um recente Inquérito aos Sentimentos de Justiça revelou, aliás, que as pessoas esperam hoje em dia dos tribunais fundamentalmente segurança, não a justiça. Esta conclusão é preocupante"[107].

A perspectiva da área científica da psicologia jurídica, designadamente ao nível da consideração daquelas dimensões psicológicas fundamentais como são as motivações, processos sociais e cognitivos, emoções, atribuições, assim como dos modelos de tomada de decisão, pode, então, acrescentar um contributo importante à análise da tomada de decisão judicial, até porque é provável que os valores e o material pessoal dos juízes funcionem como uma espécie de filtro na análise e interpretação dos factos de um caso[108]. Por esse motivo,

---

issue 5, p. 803-821, 2006. GREEN, Edie; ELLIS, Leslie. Decision making in criminal justice. In: CARSON, David; MILNE, Rebecca; PAKES, Francis; SHALEV, Karen; SHAWYER, Andrea. (Ed.). *Applying psychology to criminal justice*. Reino Unido: John Wiley & Sons, 2007, p. 183-200.

106. SACAU, Ana; CASTRO RODRIGUES, Andreia de . A cidadania e a (des)identificação dos cidadãos com a justiça – Um contributo da psicologia. *Antropológicas*, Porto, n. 12, p. 32-37, 2011.

107. HOMEM, António P. Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial. *Julgar*, Coimbra, n. 2, 2007, p. 24.

108. WRIGHTSMAN, Lawrence S. Judicial decision-making: is psychology relevant? *Perspectives in law and psychology*, USA. New York: Plenum Publishers, 1999. v. 11.

Baum[109] defende que a abordagem da psicologia pode mesmo ajudar a ultrapassar as limitações atuais do corpo teórico do comportamento judicial. Esse campo das decisões judiciais é mesmo apontado como sendo a área de encontro mais fértil entre psicologia e direito, em que a primeira se pode constituir como a disciplina que oferece o saber e as ferramentas para abordar uma série de aspectos importantes da área do jurídico, como as decisões poderem ser tomadas da forma mais minuciosa possível[110].

Outros argumentos para a pertinência de uma abordagem desse tipo passam pela defesa da ideia de que existe uma lacuna ao nível de investigação sistemática que capte não apenas os efeitos persuasivos que fazem parte do foco de atenção dos juízes, mas também, e sobretudo, as influências que ocorrem para além desse registro consciente[111]. Efetivamente, a psicologia tem defendido que não se deve esperar que os processos mentais que os juízes fazem ao tomar as suas decisões se mantenham constantes sob diferentes condições, assim como que é de esperar variação entre os juízes naquilo que eles pretendem atingir e na forma como pensam. No entanto, esse tipo de questões e essas diferenças não têm sido muito consideradas pela investigação[112].

Consideramos, ainda, que aquilo que pode ser designado como a inevitabilidade do extrajurídico nas decisões dos juízes[113] reforça o sentido das ciências sociais se debruçarem sobre a investigação dessas temáticas principalmente pela possibilidade de devolver aos juízes aspectos importantes do seu papel de decisores, fornecendo pontos de autoanálise que os possam auxiliar, por exemplo, com relação à diminuição da incerteza e dos riscos implícitos a qualquer decisão judicial. Isso porque defendemos que um caminho adequado para

109. BAUM, Lawrence. Motivation and judicial behavior: expanding the scope of inquiry. In: KLEIN, David E.; MITCHELL, Gregory (Ed.). *The psychology of judicial decision-making*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 3-26.

110. MICHON, John A.; PAKES, Francis. Judicial decision-making: a theoretical perspective. In: BULL, Ray & CARSON, David (Ed.). *Handbook of psychology in legal contexts*. UK, Chichester: John Wiley & Sons, 1995, p. 509-525.

111. ENGLICH, Birte. Blind or biased? Justitia's susceptibility to anchoring effects in the courtroom based on given numerical representations. *Law & Policy*, USA, v. 28, issue 4, p. 497-514, 2006.

112. KLEIN, David. Introduction. In: KLEIN, David E.; MITCHELL, Gregory (Ed.). *The psychology of judicial decision-making*. New York: Oxford University Press, 2010, p. xi-xv.

113. SACAU, Ana; CASTRO RODRIGUES, Andreia de. Reflexões sobre o papel da experiência do juiz na tomada de decisões judiciais. *Julgar*, Coimbra, n. 8, p. 155-160, 2009.

a diminuição da incerteza e das variações das interpretações dos factos nas decisões pode ser precisamente um mais profundo autoconhecimento em termos dos aspectos que cada juiz pondere diferentemente, de acordo com o seu material pessoal. Esses objetivos são, na nossa perspectiva, essenciais para que faça um movimento de uma "igualdade de direito para uma igualdade de facto"[114], que contemple devidamente as diferenças das situações e dos arguidos, distanciando-se, por outro lado, das possíveis diferenças que possam existir ao nível dos decisores[115].

Consideramos, portanto, pertinente contribuir para que os atores mais visíveis e mais centrais do sistema judicial – os juízes – tenham condições para conhecer melhor os seus processos decisionais, nomeadamente por meio do reflexo de um olhar que, não sendo só de outro, é também de uma outra área científica.

Uma abordagem que fomente a reflexão sobre os significados atribuídos pelos próprios decisores ao processo de julgar e que pretenda e busque uma compreensão holística do fenómeno de julgar, de forma externa e sistemática. Consideramos que um dos caminhos para se gerar evolução e sofisticação das realidades é por meio do(s) diálogo(s) ativo(s), fundamentado(s) e profundo(s) entre os diferentes intervenientes e entre as diversas escolas que se debruçam sobre essas realidades. Nas palavras de Homem[116]:

> (...) a avaliação da qualidade da justiça é um elemento fundamental para a vida democrática. É apenas por um diálogo efectivo entre os juízes, os advogados e os professores de Direito que a melhoria constante e quotidiana das nossas instituições democráticas da justiça poderá ser prosseguida.

Acrescentamos as ciências sociais aos intervenientes desse diálogo, nesse caso, ao nível de uma série de dimensões psicológicas fundamentais, pela consideração crítica da pessoa na aplicação da lei[117].

---

114. MADEC, Annick; MURARD, Numa. *Cidadania e políticas sociais*. Lisboa: Inst. Piaget, 1995.

115. SACAU, Ana; CASTRO RODRIGUES, Andreia de. A cidadania e a (des)identificação dos cidadãos com a justiça – Um contributo da psicologia. *Antropológicas*, Porto, n. 12, p. 32-37, 2011.

116. HOMEM, António P. Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial. *Julgar*, Coimbra, n. 2, 2007, p. 29.

117. SACAU, Ana; CASTRO RODRIGUES, Andreia de. A cidadania e a (des)identificação dos cidadãos com a justiça – Um contributo da psicologia. *Antropológicas*, Porto, n. 12, p. 32-37, 2011.

Nesse sentido, defendemos a importância de explorar aspectos relacionados com o modo como os juízes decidem e constroem o seu mundo de referência que enquadra e dá sentido às suas ponderações de um modo geral, por oposição aos trabalhos mais facilmente encontrados e discussões em torno dos enviesamentos por uma ou outra variável, legal ou extralegal. Efetivamente, por exemplo, existe muito corpo teórico mostrando estereótipos e mitos em relação, por exemplo, a arguidos de raça negra, mas não tanto em relação aos arguidos que chegam aos tribunais, no geral.

Assim, importa procurar perceber as representações dos juízes relativamente ao espaço das suas decisões sentenciais nomeadamente em relação ao *outsider status*, de que nos fala Graycar[118], como sendo o estatuto do outro criminoso, no geral. Consideramos que esse campo de saber apela a que se procure perceber como os juízes percepcionam e conhecem o mundo que eles constroem e evocam nos seus julgamentos, isto é, o que os juízes sabem acerca do mundo, como é que eles sabem as coisas que sabem, e como é que as coisas que eles sabem se vertem para a sua atividade enquanto juízes[119]. Nas palavras dessa autora, "se tivéssemos uma maior compreensão sobre o que os juízes sabem, como o sabem, como isso molda a construção da realidade nos julgamentos e como tudo isso é afectado pelo gênero, raça e outros aspectos da identidade, então talvez os *outsiders* da lei pudessem ser mais facilmente ouvidos e respeitados"[120].

A pertinência desses propósitos é reforçada por dados de estudos que constataram que aquilo que os juízes afirmavam fazer revelou pouca semelhança àquilo que faziam[121], levando-nos a defender a importância de a investigação procurar distinguir o que os decisores pensam que fazem, do que dizem que fazem, do que fazem na realidade.

---

118. GRAYCAR, Regina. The gender of judgments: some reflections on 'bias'. *UBC Law Review*, Vancouver, v. 32, n. 1, p. 1-21, 1998.

119. Idem.

120. Ibidem, p. 11.

121. GOODMAN-DELAHUNTY, Jane; SPORER, Siegfried. Unconscious influences in sentencing decisions: a research review of psychological sources of disparity. *Australian Journal of Forensic Sciences,* Australia, v. 42, issue 1, p. 19-36, 2010. KONEČNI, Vladimir J.; EBBESEN, Ebbe B. The mythology of legal decision making. *International Journal of Law and Psychiatry*, USA, v. 7, issue 1, p. 5-18, 1984.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUM, Lawrence. What judges want: judges' goals and judicial behavior. *Political Research Quarterly*, USA, v. 47, p. 749-768, 1994.

BAUM, Lawrence, Motivation and judicial behavior: expanding the scope of inquiry. In: KLEIN, David E.; MITCHELL, Gregory (Ed.). *The psychology of judicial decision-making*. New York: Oxford University Press, 2010.

BLANCK, Peter David. The appearance of justice revisited. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 86, n. 3, p. 887-927, 1996.

BUSHWAY, Shawn D; PIEHL, Anne M. Judging judicial discretion: legal factors and racial discrimination in sentencing. *Law & Society Review*, Utah, v. 35, n. 4, p. 733-764, 2001.

CRAWFORD, Charles. Gender, race, and habitual offender sentencing in Florida. *Criminology*, Ohio, v. 38, issue 1, p. 263-280, 2000.

CRAWFORD, Charles; CHIRICOS, Ted; KLECK, Gary. Race, racial threat, and sentencing of habitual offenders. *Criminology*, Ohio, v. 36, issue 3, p. 481--511, 1998.

CROW, Matthew; JOHNSON, Kathrine. Race, ethnicity, and habitual-offender sentencing: a multilevel analysis of individual and contextual threat. *Criminal Justice Policy Review*, California, v. 19, n. 1, p. 63-83, 2008.

DHAMI, Mandeep. From discretion to disagreement: explaining disparities in judges' pretrial decisions. *Behavioral Sciences and the Law*, New Jersey, v. 23, issue 3, p. 367-386, 2005.

DIXON, Jo. The sentencing context of criminal sentencing. *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 100, n. 5, p. 1157-1198, 1995.

ENGLICH, Birte. Blind or biased? Justitia's susceptibility to anchoring effects in the courtroom based on given numerical representations. *Law & Policy*, USA, v. 28, issue 4, p. 497-514, 2006.

GARBER, Steven; KLEPPER, Steven; NAGAIN, Daniel. The role of extralegal factors in determining criminal case disposition. In: BLUMSTEIN, Alfred; COHEN, Jacqueline; MARTIN, Susan; TONRY, Michael (Ed.). *Research on sentencing: The search for reform*. Washington: National Academy Press, 1983.

GARRIDO, Vicente; SOBRAL, Jorge. *La investigación criminal*. Barcelona: Nabla, 2008.

GAUDET, Frederick; HARRIS, George.; JOHN, Charles. Individual differences in penitentiary sentences given by different judges. *Journal of Applied Psychology,* USA, v. 18, issue 5, p. 675-680, 1934.

GOODMAN-DELAHUNTY, Jane; SPORER, Siegfried. Unconscious influences in sentencing decisions: a research review of psychological sources of disparity. *Australian Journal of Forensic Sciences,* Australia, v. 42, issue 1, p. 19-36, 2010.

GRAYCAR, Reg. The gender of judgments: some reflections on "bias". *UBC Law Review*, Vancouver, v. 32, n. 1, p. 1-21, 1998.

GREEN, Edie; ELLIS, Leslie. Decision making in criminal justice. In: CARSON, David; MILNE, Rebecca; PAKES, Francis; SHALEV, Karen; SHAWYER, Andrea (Ed.). *Applying psychology to criminal justice*. Reino Unido: John Wiley & Sons, 2007.

GREEN, Edward. Inter and intra-racial crime relative to sentencing. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Chicago, v. 55, issue 3, p. 348-358, 1964.

GRUHL, John; WELCH, Susan; SPOHN, Cassia. Women as criminal defendants: a test for paternalism. *Political Research Quartely,* USA, v. 37, n. 3, p. 456-467, 1984.

HAGAN, John. Extra-legal attributes and criminal sentencing: an assessment of a sociological viewpoint. *Law and Society Review*, Utah, v. 8, issue 3, p. 357-383, 1974.

HENHAM, Ralph. Problems of theorizing sentencing research. *International Journal of the Sociology of Law*, UK, v. 28, issue 1, p. 15-32, 2000.

HOMEM, António P. Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial. *Julgar*, Coimbra, n. 2, p. 11-29, 2007.

JACOBSON, Jessica; HOUGH, Mike. *Mitigation*: the role of personal factors in sentencing. London: Prison Reform Trust Report, 2007.

JOHNSTON, Wayne; ALOZIE, Nicholas. The effect of age on criminal processing: Is there an advantage in being "older"? *Journal of Gerontological Social Work*, Reino Unido, v. 34, issue 4, p. 65-82, 2001.

KLECK, Gary. Racial discrimination in criminal sentencing: a critical evaluation of the evidence with additional evidence on the death penalty. *American Sociological Review*, California, v. 46, issue 6, p. 783-805, 1981.

KLEIN, David. Introduction. In: KLEIN, David E.; MITCHELL, Gregory (Ed.). *The psychology of judicial decision-making*. New York: Oxford University Press, 2010.

KONEČNI, Vladimir J.; EBBESEN, Ebbe B. The mythology of legal decision making. *International Journal of Law and Psychiatry*, USA, v. 7, issue 1, p. 5-18, 1984.

KRASNOSTEIN, Sarah; FREIBERG, Arie. Pursuing consistency in an individualistic sentencing framework: if you know where you're going, how do you know when you've got there? *Law and Contemporary Problems*, Carolina do Norte, v. 76, issue 1, p. 265-288, 2013.

LEISER, David; SCHATZBERG, Dov-Ron. On the complexity of traffic judges' decisions. *Judgment and Decision Making*, Pennsylvania, v. 3, n. 8, p. 667--678, 2008.

MACHADO, Carla; SANTOS, Celina M. *Percepções e figuras do medo na cidade do Porto*. Porto: Observatório Permanente para a Segurança/Radicário, 1999.

MACK, Kathy; ANLEU, Sharyn R. Opportunities for new approaches to judging in a conventional context: attitudes, skills and practices. *Monash University Law Review*, Austrália, v. 37, n. 1, p. 187-215, 2011.

MADEC, Annick; MURARD, Numa. *Cidadania e políticas sociais*. Lisboa: Inst. Piaget, 1995.

MAGUIRE, Niamh. Consistency in sentencing. *Judicial Studies Institute Journal*, Dublin, v. 2, p. 14-54, 2010.

MARTIN, Marcus E; STIMPSON, Melissa. Women, race, and sentencing in Oklahoma: a preliminary analysis. *Journal of the Oklahoma Criminal Justice Research Consortium*, USA, v. 4, August, 1997.

MICHON, John A.; PAKES, Francis. Judicial decision-making: a theoretical perspective. In: BULL, Ray & CARSON, David (Ed.). *Handbook of psychology in legal contexts*. UK, Chichester: John Wiley & Sons, 1995.

MURRAY, Jennifer; THOMSON, Mary; COOKE, David; CHARLES, Kathy. Influencing expert judgment: attributions of crime causality. *Legal and Criminological Psychology*, UK, v. 16, issue 1, p. 126-143, 2011.

MUSTARD, David B. Racial, ethnic, and gender disparities in sentencing: evidence from the U.S. federal courts. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. XLIV, p. 285-314, 2001.

MYERS, Martha A; TALARICO, Susette M. The social contexts of racial discrimination in sentencing. *Social Problems*, Oxford, v. 33, n. 3, p. 236-251, 1986.

NAGEL, Ilene. H. The legal/extra-legal controversy: judicial decisions in pretrial release. *Law & Society Review*, Utah, v. 17, n. 3, p. 481-515, 1983.

PAIS, Lúcia. Acerca da avaliação psicológica em contexto forense: notas sobre a "racionalidade" dos magistrados. *Sub Judice*, Coimbra, n. 22-23, p. 91-97, 2001.

PETERSILIA, Joan. Racial disparities in the criminal justice system: a summary. *Crime & Delinquency*, v. 31, n. 1, p. 15-34, 1985.

POSTEMA, Gerald. Objectivity fit for law. In: LEITER, Brian (Ed.). *Objectivity in law and morals*. New York: Cambridge University Press, 2001.

PRATT, Travis. Race and sentencing: a meta-analyses of conflicting empirical research results. *Journal of Criminal Justice*, USA, v. 26, n. 6, p. 513-523, 1998.

RODRIGUES, Carla. Justiça, direito e emancipação. *Estudos Feministas*, Brasil, v. 15, n. 2, p. 491-510, 2007.

SACAU, Ana; CASTRO RODRIGUES, Andreia de. Reflexões sobre o papel da experiência do juiz na tomada de decisões judiciais. *Julgar*, Coimbra, n. 8, p. 155-160, 2009.

SACAU, Ana; CASTRO RODRIGUES, Andreia de. A cidadania e a (des)identificação dos cidadãos com a justiça – Um contributo da psicologia. *Antropológicas*, Porto, n. 12, p. 32-37, 2011.

SACAU, Ana; JÓLLUSKIN, Glória; SANI, Ana; RODRIGUES, Andreia; GONÇALVES, Salvador. A tomada de decisão judicial em contexto criminal: a construção teórica e o debate empírico em torno do objecto. In: POIARES, Carlos (Ed.). *Manual de psicologia forense*. Lisboa: Ed. Universitárias Lusófonas, 2011.

SCHLESINGER, Traci. Racial and ethnic disparity in pretrial criminal processing. *Justice Quarterly*, v. 22, issue 2, p. 170-192, 2005.

SHERRWIN, Emily. Features of judicial reasoning. In: KLEIN, David; MITCHELL, Gregory (Ed.). *The psychology of judicial decision-making*. New York: Oxford University Press, 2010.

SOLIMINE, Michael; WHEATLEY, Susan. Rethinking feminist judging. *Indiana Law Journal*, Indiana, v. 70, issue 3, p. 891-920, 1995.

SPOHN, Cassia. The sentencing decisions of black and white judges: expected and unexpected similarities. *Law & Society Review*, Utah, v. 24, issue 5, p. 1197-1216, 1990.

SPOHN, Cassia; CEDERBLOM, Jerry. Race and disparities in sentencing: a test of the liberation hypothesis. *Justice Quarterly*, UK, v. 8, issue 3, p. 305-327, 1991.

SPOHN, Cassia; HOLLERAN, David. The imprisonment penalty paid by young, unemployed black and hispanic male offenders. *Criminology*, Ohio, v. 38, issue 1, p. 281-306, 2000.

STEFFENSMEIER, Darrell; DEMUTH, Stephen. Ethnicity and sentencing outcomes in U.S. federal courts: who is punished more harshly? *American Sociological Review*, California, v. 65, n. 5, p. 705-729, 2000.

STEFFENSMEIER, Darrell; DEMUTH, Stephen. Ethnicity and judges' sentencing decisions: hispanic-black-white comparisons. *Criminology*, Ohio, v. 39, issue 1, p. 145-178, 2001.

STEFFENSMEIER, Darrell; ULMER, Jeffery; KRAMER, John. The Interaction of race, gender, and age in criminal sentencing: the punishment cost of being young, black, and male. *Criminology*, Ohio, v. 36, issue 4, p. 763-797, 1998.

TATA, Cyrus. Conceptions and representations of the sentencing decision process. *Journal of Law and Society*, Oxford, v. 4, issue 3, p. 395-420, 1997.

TOMBS, Jacqueline; JAGGER, Elizabeth. Denying responsibility – Sentencers' accounts of their decisions to imprison. *British Journal of Criminology*, Oxford, v. 46, issue 5, p. 803-821, 2006.

WEISS, David; SHANTEAU, James; HARRIES, Priscilla. People who judge people. *Journal of Behavioral Decision Making*, UK, v. 19, issue 5, p. 441-454, 2006.

WRIGHTSMAN, Lawrence S. Judicial decision-making: is psychology relevant? *Perspectives in law and psychology*. New York: Plenum Publishers, 1999. v. 11.

ZATZ, Marjorie. The changing forms of racial/ethnic biases in sentencing. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, USA, v. 24, n. 1, p. 69-92, 1987.

ZATZ, Marjorie. The convergence of race, ethnicity, gender, and class on court decision making: looking toward the 21st Century. *Policies, and Decisions of the Criminal Justice System*. Washington, DC: Department of Justice, 2000. v. 3.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A função criadora da sentença criminal, de Sérgio de Oliveira Médici – *RBCCrim* 5/127-136 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 5/317-330 (DTR\1994\7);
- A sentença: um silogismo?, de Eduardo Rocha Dias – *RePro* 72/163-175 (DTR\1993\495);
- Aspectos subjetivos da sentença penal, de Alice Bianchini – *RBCCrim* 22/37-49 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 5/83-99 (DTR\1998\162); e
- Subjetividade e processo penal: assumindo a complexidade ínsita à decisão, de Thiago Alessandro Fattori – *RBCCrim* 103/191-244 (DTR\2013\7214).

O cumprimento de busca e apreensão pela Polícia Militar e suas consequências jurídicas no âmbito da prova processual penal

The serving of search and seizure warrant by Military Police and its legal consequences within the penal process evidence

Vyctor Hugo Guaita Grotti
Especialista em Direito Processual Penal. Delegado de Polícia do Estado do Paraná.
vgrotti@hotmail.com

Recebido em: 16.03.2017
Aprovado em: 10.05.2017
Última versão do autor: 03.10.2017

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: É fato notório que a Polícia Militar, órgão eminentemente preventivo, realiza, de forma crescente, atos de investigação, o que seria atribuição da Polícia Judiciária. No que tange aos mandados de busca e apreensão, há notícias de que, em diversos Estados, a Polícia Militar está fazendo o seu cumprimento, em detrimento das atribuições da Polícia Judiciária. Assim, o presente artigo pretende analisar como essa divisão de atribuições de cunho constitucional deve ser interpretada, a fim de dar máxima eficácia a direitos fundamentais. Analisam-se, também, as consequências processuais penais de tal prática no que diz respeito às provas eventualmente coligidas.

Palavras-chave: Atribuições – Polícias Militar e Civil – Mandado de busca e apreensão – Ato administrativo – Provas.

Abstract: It is a well-known fact that the Military Police, a preventive state police, has been gradually carrying out more investigation processes, which should be performed by the Judicial Police. Search and seizure warrants have been allegedly served by the former in many states, to the detriment of the latter. The present article aims to look into that constitutional duty in order to pursue the maximum effectiveness of the fundamental rights. It also seeks to analyse the results of this practice concerning to evidence gathering.

Keywords: Duties – Civil and Military Police – Search and seizure warrant – Administrative act – Evidences.

Sumário: 1. Introdução. 2. O papel da Constituição no ordenamento jurídico. 3. A proteção domiciliar na Constituição Federal. 3.1. Nascimento do amparo domiciliar. 3.2. O termo "casa" na Constituição Federal. 3.3. Do objeto e dos sujeitos envolvidos na proteção domiciliar.

Grotti, Vyctor Hugo Guaita. O cumprimento de busca e apreensão pela Polícia Militar e suas consequências jurídicas no âmbito da prova processual penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 125-147. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

4. As Polícias Civis e Federal como instituições policiais responsáveis pela investigação preliminar. 5. As Polícias Civis e Federal como instituições policiais responsáveis pelo cumprimento de mandado de busca e apreensão. 6. Do cumprimento do mandado de busca e apreensão como ato administrativo vinculado à persecução penal. 7. Das provas coligidas. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar as atribuições constitucionais dos órgãos de segurança pública, mais especificamente as da Polícia Militar e da Polícia Civil, sob o enfoque do princípio da legalidade e interpretando as normas que conferem atribuição a esses órgãos como dispositivos ligados à persecução penal e, por isso, ligados aos direitos fundamentais dos indivíduos.

O princípio da legalidade da Administração, insculpido no art. 37 da Constituição Federal, é de observância obrigatória, sob pena de nulidade do ato. Nesse sentido, analisar-se-á a relação desse princípio com a invasão de atribuições entre os órgãos citados.

O cumprimento de mandado de busca e apreensão é um ato administrativo, estritamente relacionado com o processo penal, e, por isso, tem cunho de ato investigatório. Poderia, então, um órgão de segurança pública de cunho preventivo e sem atribuição de investigar cidadãos realizá-lo?

Analisada tal questão, por fim, caso haja cumprimento de mandado de busca e apreensão pela polícia administrativa, fato este que está ocorrendo em diversos Estados da Federação, será feita uma avaliação da prova eventualmente coligida, se pode ser considerada lícita ou não.

2. O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Com a superação do Estado Legislativo de Direito, perante as atrocidades cometidas na segunda grande guerra, iniciou-se um movimento de revalorização do ser humano, considerando-o como sujeito de direitos, conferindo-lhe diversos direitos fundamentais.

Nessa toada, as Constituições passaram a ser encaradas de forma diversa: além da obrigatoriedade de todo Estado possuir uma, pois consideradas como fundamento de validade para as demais normas, devem conter, em seu bojo, regras de limitação ao poder estatal.

Assim, o referido movimento constitucional, denominado neoconstitucionalismo, funda-se na dignidade da pessoa humana, mudando o paradigma an-

tigo, o qual se consubstanciava no Estado Legislativo de Direito, em que a lei era absoluta, desprovida de qualquer valoração ética ou moral.

Com a revalorização do papel das Constituições na sociedade, a fim de afirmá-la como tal, impossível não reconhecer a sua força normativa, devendo os operadores do direito conferir máxima efetividade aos seus dispositivos e à sua ideia criadora de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, aduzem Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento[1]:

> Embora ainda exista uma grande distância entre os valores constitucionais e a realidade, a cultura jurídica hoje hegemônica vê na Constituição uma norma jurídica de verdade, que deve ser efetivada por meio de diversos mecanismos, dentre os quais desponta a jurisdição constitucional. É nesse cenário que faz sentido discutir o princípio da *força normativa da Constituição*, também conhecido como *princípio da máxima efetividade da Constituição*.

Surge, também, o conceito de Supremacia da Constituição, o qual vai ao encontro do novo paradigma: dá-se à Carta Maior posição superior às demais normas do ordenamento jurídico, em razão do seu conteúdo material (aspecto substantivo) e da origem (aspecto genético).

Em relação ao seu aspecto substantivo, toda norma constitucional deve ser encarada, de alguma forma, fundamental ao ser humano, ainda mais aquelas que possuem caráter limitativo, uma vez que trazem restrições ao Poder Estatal em face do cidadão.

Na seara punitiva, o raciocínio também não muda: ainda que de forma oblíqua, é garantia a todo cidadão que as normas constitucionais sejam respeitadas, evitando, dessa forma, arbitrariedades.

Aplicando tais explanações às atribuições constitucionais das polícias (art. 144 da CF), é certo que, ao regulá-las, a Constituição estabeleceu, de forma harmônica e coerente, o dever de cada órgão. Para além do destinatário óbvio, qual seja, a própria polícia, *estabeleceu-se regras ligadas à própria persecução penal*, motivo pelo qual se apresenta novo destinatário mediato, o cidadão, que eventualmente sofrerá as consequências de uma persecução penal.

Trata-se, portanto, de norma estritamente relacionada a direitos fundamentais, que deve ser devidamente observada, uma vez que, direta ou indiretamen-

1. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 711.

te, mediata ou imediatamente, a escalonação de atribuições envolverá o *status libertatis* do cidadão.

3. A PROTEÇÃO DOMICILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nossa Constituição, em seu artigo 5º, inciso XI, garante a todos a inviolabilidade da casa, não podendo nela adentrar sem autorização do morador, salvo nos casos de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro ou por determinação judicial, durante o dia[2].

3.1. Nascimento do amparo domiciliar

A defesa da invasão domiciliar, segundo Alexandre de Moraes[3], nasceu a partir das tradições inglesas. Para dar sustentabilidade a sua teoria, o mencionado autor cita o discurso feito por Lord Chatham no parlamento britânico:

> O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer; o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar; mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.

A casa, a partir do início de sua proteção, não foi mais encarada da mesma forma. Positivando a garantia de sua inviolabilidade, nem o Rei poderia adentrar nas dependências de um lar sem justo motivo. O Estado passa a reconhecer, portanto, a importância da casa como condição de uma vida digna a um cidadão, evitando, assim, abusos por parte do Governo.

Sylvio Motta e Gustavo Barchet[4] acrescentam à ideia anteriormente exposta, citando a máxima que consagrou a inviolabilidade ao domicílio e que serviu como norte para as sociedades atuais:

> *My home is my castel*. Com essa máxima do direito saxão consagrou-se a inviolabilidade da casa em solo britânico, há mais de oito séculos. Desde então, a busca da proteção a um espaço íntimo tem se aperfeiçoado consi-

2. Art. 5º [...] XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial [...].
3. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 55.
4. MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 184.

> deravelmente, exigindo cada vez mais do Estado uma justificativa plausível para a sua violação consentida.

Ocorre que, com o advento do absolutismo, a proteção à casa contra invasão de terceiros experimentou um declínio. Como bem ressaltam Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Américo Führer[5]:

> A tutela penal do domicílio experimentou um declínio na Idade Moderna, com a concentração de poderes em mãos do soberano absoluto. Os agentes públicos já não se detinham diante da soleira da porta, que outrora era um limite sagrado. Todos os direitos individuais passaram a ser condicionados pelas razões de Estado, ou seja, pelo arbítrio do governo central.

Somente com a Revolução Francesa, a qual rompeu com o sistema anterior, é que a inviolabilidade domiciliar ganhou novamente importância e a devida proteção.

Em nosso país, no entanto, a proteção à inviolabilidade domiciliar está constitucionalmente positivada desde o Império, no artigo 179, inciso VII, da Constituição de 1824:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e políticos dos cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) VII. Todo cidadão tem em sua casa asylo inviolável. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de idéiario, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que, a Lei determinar.

A partir da Constituição do Império, todas as outras que a sucederam garantiram a inviolabilidade domiciliar.

Nossa Constituição atual garante a inviolabilidade do domicílio no seu artigo 5º, inciso XI.

3.2. O termo "casa" na Constituição Federal

Diferentemente da concepção restritiva civilista de casa, no direito Constitucional a referida palavra tem um conceito mais amplo, ou seja, é entendida

5. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 347.

como qualquer lugar físico que alguém ocupa, inclusive profissionalmente, a sua vida privada.

Para corroborar, e acrescentar, com o conceito anteriormente apresentado, Uadi Lammêgo Bulos[6] ensina que:

> A idéia de casa, contudo, na seara constitucional, tem amplitude muito maior do que no direito privado. Não é apenas a residência, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, mas todo local, determinado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito.

Assim, o conceito de casa em âmbito constitucional é mais amplo. Os principais fatores que fazem um espaço físico ser considerado casa são o próprio espaço e o exercício da vida privada de alguém.

O Supremo Tribunal Federal[7] se posiciona no mesmo sentido:

> O amplo sentido conceitual da noção jurídica de "casa" revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal. É por essa razão que a doutrina – ao destacar o caráter abrangente desse conceito jurídico – adverte que o princípio da inviolabilidade estende-se ao espaço em que alguém exerce, com exclusão de terceiros, qualquer atividade de índole profissional.

3.3. Do objeto e dos sujeitos envolvidos na proteção domiciliar

José Afonso da Silva[8] assim expõe sobre o objeto e seus sujeitos quanto à proteção domiciliar:

> O objeto de tutela não é a propriedade, mas o respeito à personalidade, de que a esfera privativa e íntima é aspecto saliente. A proteção dirige-se basicamente contra as autoridades. Visa impedir que estas invadam o lar. Mas também se dirige aos particulares.

6. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 559.
7. STF, AP 370-3/DF, rel. Min. Celso de Mello, RTJ, 162:249-250.
8. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 438.

Como se percebe, não se trata de proteção à propriedade, direito este positivado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*. Embora esteja relacionado a este, mas não necessariamente a pressuponha, fica evidenciado que a proteção é voltada ao direito de privacidade do indivíduo.

Luiz Alberto David de Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior[9] explicam que:

> (...), o dispositivo constitucional que protege o domicílio – o art. 5º, XI – parece ter uma preocupação mais ampla: proteger a intimidade e a privacidade dos indivíduos. Logo, o domicílio, para o efeito da proteção constitucional, deve ser considerado uma projeção espacial da privacidade e da intimidade.

Assentadas tais referências, conclui-se que, devido ao respeito à privacidade do indivíduo, a proteção do domicílio necessitou ser positivada para evitar abusos de autoridades, bem como incurso de particulares nas dependências da casa.

Importante ressaltar que se trata de norma dirigida, principalmente, ao Estado e seus respectivos agentes, impondo um dever negativo de conduta, de não adentrar nas dependências de um lar, com exceções expressamente previstas em rol taxativo na Constituição Federal.

4. AS POLÍCIAS CIVIS E FEDERAL COMO INSTITUIÇÕES POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

O Código de Processo Penal, em seus arts. 4º ao 23, regula a investigação preliminar no processo penal, atribuindo à Polícia Judiciária, chefiada por autoridades policiais, a função de apuração das infrações penais e da sua autoria (art. 4º).

É certo, contudo, não se tratar de atribuição exclusiva, pois autoridades administrativas e outras, que a lei deseja assim impor, poderão realizar investigações preliminares. Nesse ponto, salienta-se que discussões acerca da legitimidade investigativa do Ministério Público não serão abordadas, uma vez que tal tema fugiria das pretensões do presente trabalho.

Assim, parcela significativa da doutrina sustenta ser o Inquérito Policial dispensável, visto que, havendo indícios de autoria e materialidade obtidos por outros meios, poderia o órgão acusatório oferecer de imediato a respectiva denúncia.

9. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 179.

Contudo, há posicionamento contrário, sustentando ser o Inquérito Policial indispensável, pois, além de ser o principal caderno investigatório no Processo Penal, atribui-se a ele a função de filtro, a fim de evitar acusações infundadas. Sua função principal é preservadora de direitos fundamentais, evitando processos penais sem justa causa.

Sobre o tema, explica Henrique Hoffmann[10]:

> Não se trata de mecanismo unidirecional, como quer fazer parecer parte da doutrina ao iluminar apenas função preparatória, de colheita e acautelamento de provas para que o titular da ação penal ingresse em juízo. Além dessa finalidade subsidiária, que nem sempre ocorre (já que as investigações podem levar à reunião de elementos exclusivamente em favor da defesa), existe a missão preservadora, que é a principal, de inibição da instauração de processo penal temerário, resguardando a liberdade do investigado e evitando custos estatais desnecessários.

A Lei 12.830/2013, ao dispor sobre a investigação criminal, por sua vez, no seu art. 2º, § 1º, conferiu ao Delegado de Polícia, Civil ou Federal, a condução de Inquérito Policial, que tenha por finalidade apuração de crimes praticados por comuns, excluídas as hipóteses de crimes militares.

Em que pese a existência da ADI 5043, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, questionando a constitucionalidade da mencionada norma, a qual supostamente induz a uma interpretação de que seria atribuição exclusiva do Delegado de Polícia a investigação preliminar, é certo que, no âmbito policial e quanto a crimes praticados por civis, o Delegado de Polícia é, sim, o único responsável para tanto. Consequentemente, como presidente da investigação, os atos investigativos devem ser praticados por ele ou por agentes pertencentes aos quadros da Polícia Civil ou Federal.

A Polícia Militar, no âmbito policial, contudo, não possui autorização legal para encampar uma investigação criminal em face de civis, possuindo apenas em relação aos membros de suas respectivas corporações em crimes militares definidos no Código Penal Militar.

Aury Lopes Junior[11] é objetivo quanto a essa questão:

10. CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de et al. *Investigação criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 16.

11. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118.

> Já o policiamento preventivo ou ostensivo é levado a cabo pelas Polícias Militares dos estados, que não possuem atribuição (como regra) para realizar a investigação preliminar. Em se tratando de inquérito policial, está ele a cargo da polícia judiciaria (não cabendo à polícia militar realizá-lo, salvo nos crimes militares definidos no Código Penal Militar).

Esse também é o posicionamento de Henrique Hoffman[12]:

> A polícia judiciária é a instituição constitucionalmente vocacionada a presidir investigações criminais no Brasil. Cuida-se de instituição sem compromisso com a acusação ou a defesa, e exatamente por isso o ordenamento jurídico outorgou a condução da instrução preliminar ao delegado de polícia.

Além disso, eventual lei que autorize a Polícia Militar a realizar investigações em face de civis iria de encontro ao estabelecido no art. 144, §§ 4º e 5º, sendo, portanto, inconstitucional.

5. AS POLÍCIAS CIVIS E FEDERAL COMO INSTITUIÇÕES POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELO CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

A Constituição Federal, no seu artigo 144, cria diversos órgãos de segurança pública, com atribuições específicas e divididas de forma harmoniosa. Há os seguintes órgãos: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis e Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

No que tange às Polícias Militares, a Constituição impõe a função de polícia ostensiva e preservação da ordem pública. A atuação das polícias militares está relacionada, portanto, a uma função preventiva ou administrativa, ou seja, desempenhar suas atribuições antes da ocorrência de um fato delituoso.

Em relação às Polícias Civis dos Estados, que são dirigidas por Delegados de Polícia, cabem duas funções: Polícia Judiciária e Polícia Investigativa. A atribuição de Polícia Judiciária está conexa ao apoio dado ao Poder Judiciário, como nos casos de cumprimento de mandados de busca e apreensão, de prisões, entre outras diligências. Quanto à função de Polícia Investigativa (ou repressiva), a Polícia Civil tem como função apurar as infrações penais no que compete à autoria e à materialidade de um crime, ou seja, descobrir quem foi o agente responsável pelo evento criminoso, bem como atestar a sua existência.

12. CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de et al. *Investigação criminal*..., cit., p. 19.

Tais atribuições, como visto, estão dispostas na própria Constituição Federal e, perante sua força normativa, tal fato não deve ser encarado como uma mera indicação. As atribuições policiais estão devidamente expostas e diferenciadas, motivo pelo qual não paira dúvidas a respeito do mister de cada órgão policial.

Para reforçar o estipulado pela Constituição Federal, a título exemplificativo, a Constituição do Estado do Paraná estabelece, em seu art. 47, que à Polícia Civil incumbe exercer as funções de Polícia Judiciária e apuração de infrações penais; quanto à Polícia Militar, em seu art. 48, impõe as funções de polícia ostensiva, preservação da ordem pública, execução de atividades de Defesa Civil, prevenção e combate a incêndio, buscas, salvamentos e socorros públicos, o policiamento de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e mananciais, além de outras formas e funções definidas em lei.

Aprofundando o exemplo, a lei responsável por regular as atribuições da Polícia Militar no Estado do Paraná é a Lei 16.575/2010, a qual, no seu art. 2º[13], estipula todas as funções da referida instituição policial, *não havendo sequer a de Polícia Judiciária, salvo na seara militar*.

Pelo princípio *inclusio unius alterius exclusio*, se houve somente a previsão de atribuições de Polícia Judiciária no âmbito militar, excluída a possibilidade de fazê-la no âmbito civil, significa que o legislador optou por não conferir a referida função às Polícias Militares.

A jurisprudência, por sua vez, já teve oportunidade em se manifestar a respeito do exercício das atribuições da Polícia Civil pela Polícia Militar:

> Em frontal violação ao § 4º do art. 144 da Constituição, a expressão impugnada faculta a policiais civis e militares o desempenho de atividades que são

13. Art. 2º Compete à Polícia Militar, além de outras atribuições estabelecidas em leis peculiares ou específicas: I – exercer com exclusividade a polícia ostensiva, fardada, planejada pela autoridade policial-militar competente, ressalvadas a competência das Forças Armadas, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a preservação da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos; II – atuar preventivamente, como força de dissuasão, e repressivamente, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas; III – atender à convocação, inclusive mobilização, do Governo Federal; IV – realizar serviços de busca, salvamento, prevenção e combate a incêndio; V – executar as atividades de defesa civil; VI – exercer a polícia judiciária militar estadual; VII – fornecer, mediante solicitação ou ordem judicial, força policial-militar, em apoio ao Ministério Público e ao Poder Judiciário; VIII – garantir o exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicas, na forma da lei; IX – executar missões de honra, guarda, assistência militar, segurança e transporte de dignitários; X – estabelecer normas relativas à atividade de polícia ostensiva.

> privativas dos Delegados de Policia de carreira. De outra parte, o § 5º do art. 144 da Carta da República atribui às polícias militares a tarefa de realizar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. O que não se confunde com as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, estas, sim, de competência das polícias civis[14].

A doutrina não destoa:

> Quando a Constituição indica as atribuições das polícias civis, "dirigidas por Delegados de Polícia de Carreira", declara que a elas incumbe as funções de polícia judiciária, salvo em duas exceções: a) infrações cuja apuração seja da competência da União (ilícitos federais); b) infrações militares. Ora! Se constitucionalmente existe esta última vedação, como admitir que um policial militar (cabo, sargento, capitão ou detentor de outra hierarquia) possa "conhecer" e "diligenciar" a respeito de infração de direito penal comum? Se à Polícia Civil não é deferida atribuição de apurar as infrações penais de natureza militar, a recíproca é também verdadeira.[15]
>
> Em muitos casso, essa transferência implícita e descontrolada de atribuições à Polícia Militar é fomentada por um Poder Executivo inerte, que renuncia a estruturação e a qualificação dos profissionais da Polícia Civil. No entanto, mesmo nesses casos, a possibilidade de a Polícia Militar investigar crimes de pessoas civis não só se mostra flagrantemente inconstitucional, como também dificulta o trabalho da Polícia Civil por existir uma concorrência de informações decorrentes da investigação sem um diálogo entre as instituições. (...) Do mesmo modo que a Polícia Civil não possui atribuição para investigar crimes militares, a Polícia Militar, pelo mesmo fundamento, não possui atribuição para investigar crimes civis.[16]
>
> Corroborando com a incumbência da Polícia Civil para cumprimento de mandado de busca e apreensão, o art. 241 do CPP dispõe que "quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente", deverá ela ser precedida da expedição de mandado. Tal dispositivo legal deve passar por uma filtragem constitucional, uma vez tratar-se de cláusula de reserva de jurisdição a inviolabilidade domiciliar, motivo pelo qual não pode a autoridade policial expedir mandado de busca, mas somente o Poder Judiciário. De qualquer forma, o artigo menciona apenas duas autoridades, uma delas

14. STF, Tribunal Pleno, ADI 3441, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 09.03.2007.
15. DOTTI, René Ariel. A autoridade policial na Lei 9099/95. *Boletim IBCCRIM*, n. 41, maio 1996.
16. SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. Delegado de polícia em ação. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 34-35.

pertencente à polícia civil (única Autoridade Policial do ordenamento jurídico, que é o Delegado de Polícia) e outra pertencente ao poder judiciário.

Ora, se cabe à Autoridade Policial a presidência de Inquérito Policial e, logicamente, a prática de atos de investigação, o cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar configura invasão de atribuição, uma vez que estaria praticando ato de investigação sem ter incumbência para tanto.

Tendo em vista, portanto, que a função de Polícia Judiciária na seara estadual cabe à Polícia Civil, sem concorrência com a Polícia Militar, aquela instituição é a responsável pelo cumprimento de mandados de busca e apreensão, ordem esta que é emanada por um Juiz de Direito ao órgão competente. Ainda que cogitasse eventual participação da Polícia Militar no cumprimento de mandado de busca e apreensão, a natureza de sua ação seria de apoio, acessória, e não como órgão cumpridor exclusivo.

6. Do cumprimento do mandado de busca e apreensão como ato administrativo vinculado à persecução penal

O ato administrativo pode ser conceituado como declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, mediante subordinação à lei, no exercício da função administrativa.

Cotejando tal conceito à materialização do mandado de busca e apreensão, percebe-se estar este revestido de natureza de ato administrativo, pois, apesar de ter natureza jurídica de forma de obtenção de prova, sua materialização depende da prática de atos administrativos.

Assentada tal premissa, para a produção de efeitos jurídicos válidos, os atos administrativos *in concreto* devem obedecer aos seguintes requisitos: competência (ou sujeito), finalidade, forma, motivo e objeto.

Quanto ao primeiro requisito, competência ou sujeito, tem-se a pertinência subjetiva entre o agente executor do ato e este próprio, mediante regulamentação legal prévia. O agente, portanto, deve estar vinculado ao ato administrativo por ele praticado, até o limite de sua competência (ou atribuição legal).

Nesse sentido, conceitua Diogo de Figueiredo Moreira Neto[17]: "Competência é, portanto, uma expressão funcional qualitativa e quantitativa do poder

17. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 292.

estatal, que a lei atribui às entidades, órgãos ou agentes públicos, para executar sua vontade".

Para o referido autor, a qualidade está relacionada à natureza do ato, em razão de uma especialização funcional, exigida para a prática dos atos. Acrescenta, ainda, que em qualquer hipótese sempre será necessária a observância da vinculação positiva à lei, ou seja, para a prática de um determinado ato, a lei é a responsável por aferir certa atribuição a um ente, inclusive sua modificação.

Acerca do assunto, expõe José dos Santos Carvalho Filho[18]:

> O instituto da competência funda-se na necessidade de divisão do trabalho, ou seja, na necessidade de distribuir a intensa quantidade de tarefas decorrentes de cada uma das funções básicas (legislativa, administrativa ou jurisdicional) entre os vários agentes do Estado. (...) O elemento da competência administrativa anda lado a lado com o da capacidade no direito privado. Capacidade, como não desconhecemos, é a idoneidade de atribuir-se a alguém a titularidade de relações jurídicas. No direito público há um *plus* em relação ao direito privado: naquele se exige que, além das condições normais necessárias à capacidade, atue o sujeito da vontade dentro da esfera que a lei traçou. Como o Estado possui, pessoa jurídica que é, as condições normais de capacidade, fica a necessidade de averiguar a condição específica, vale dizer, a competência administrativa de seu agente.

Hely Lopes Meirelles[19] acrescenta:

> Nos Estados de Direito como o nosso, a Administração Pública deve obediência à lei em todas as suas manifestações. Até mesmo nas chamadas atividades discricionárias o administrador público fica sujeito às prescrições legais quanto a competência, finalidade e forma, só se movendo com liberdade na estreita faixa da conveniência e oportunidade administrativas.
>
> O poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios, violências, perseguições ou favoritismos governamentais. Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público. Sem esses requisitos o ato administrativo expõe-se a nulidade. (...)

18. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106-107.
19. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 96-99.

> O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. (...)
>
> Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo. É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade e até mesmo no crime de abuso de autoridade.

Dessa forma, a análise da competência do ato administrativo requer complementação à análise do princípio da legalidade no Direito Administrativo, insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Em um Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade é considerado basilar no direito administrativo, o qual submete qualquer ato da administração à submissão da lei. Trata-se de uma autolimitação do próprio Estado, a fim de assegurar direitos e garantias fundamentais e conferir segurança jurídica aos seus atos, abandonando de vez a ideia de que o Estado "tudo pode".

Para a prática de determinado ato administrativo, amparado legalmente, portanto, é necessário que haja lei autorizando, disciplinando sua forma e, inclusive, conferindo a um órgão determinada atribuição.

Ressalta-se que a competência é irrenunciável e delegável somente por quem tem atribuição para tanto (art. 11 da Lei 9.784/99). No entanto, quanto à delegabilidade, esta é vedada em caso de competência exclusiva de órgão ou autoridade (art. 13 da Lei 9.784/99).

Nesse ponto, destaca-se a impossibilidade de eventual convênio entre quaisquer instituições policiais para cumprimento de mandados de busca e apreensão, pois, além de ser indelegável em razão de sua competência exclusiva à Polícia Judiciária, só seria possível (hipoteticamente) se a própria Polícia Judiciária o fizesse.

A violação ao critério da competência acarreta vício do ato por invasão de atribuição, *a qual não é ratificável*, uma vez que, direta ou indiretamente, também violou o princípio da legalidade. O ato, portanto, é nulo (art. 2º da Lei 4.717/65), e o agente que o praticou agiu com excesso de poder.

7. DAS PROVAS COLIGIDAS

Viu-se que a Constituição Federal criou, no art. 144, um conjunto de órgãos de segurança pública, conferindo a estes diversas atribuições de cunho funcional, de forma coerente e harmônica.

Considerando a supremacia da Constituição e sua força cogente, tais mandamentos devem ser respeitados, não podendo, inclusive, as Constituições estaduais dispor de forma diversa, perante o princípio da simetria, de reprodução obrigatória. Assim, qualquer ato que desobedeça ao estabelecido pela Constituição deve ser encarado como inconstitucional.

Na seara processual penal, de acordo com o art. 157 do CPP, prova obtida mediante violação da Constituição será considerada ilícita e, portanto, desentranhada dos autos.

Ora, restou claro, diante dos itens anteriores, que o cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, na qualidade de executora exclusiva da medida, viola regras de atribuições constitucionais. Tais regras não existem por puro formalismo, mas sim porque estão, de alguma forma, relacionadas com o *status libertatis* do indivíduo, com o deslinde da persecução penal. No jogo processual penal, *a forma é garantia*.

São as palavras de Aury Lopes Junior[20]:

> Quando se lida com o processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, forma é garantia. Por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância das *regras do jogo* (devido processo penal) é o fator legitimante da atuação estatal.

Se as referidas normas estão, portanto, ligadas a direitos fundamentais, é cogente a sua observância, sob pena de chancelar ações arbitrárias por parte do Estado.

Nesse ponto, cita-se o art. 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH): "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação".

Foi com base nesse artigo da CADH que o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Escher e outros *vs*. Brasil, porque teria a Polícia Militar ilegitimidade para solicitar interceptação telefônica, ato este que competiria somente à Polícia Civil, pelo Secretário de Segurança ou pelo Poder Judiciário, de acordo com a Corte.

Apesar de a referida condenação se referir à interceptação telefônica, *mutatis mutandis*, aplica-se também quanto ao cumprimento de mandado de busca e apreensão, pois se visa proteger, como o próprio artigo da CADH mencionado

20. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual*..., cit., p. 58.

deixa claro, o domicílio contra arbitrariedades – e o cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão por quem não tem atribuição para tanto é uma delas.

Não pode o Estado, usando como desculpa a falta de estrutura da Polícia Civil, romper com preceitos constitucionais e tratadistas e agir de forma arbitrária e violadora de Direitos Humanos. Atos de investigação de civis por militares jamais tiveram guarida no ordenamento jurídico atual.

Nesse sentido, vejamos a lição da doutrina:

> A Polícia Militar é instituição reconhecida pela Constituição da República e, embora possamos ter divergências quanto à militarização do cotidiano, merece o respeito por suas funções, dentro dos limites legais. No Estado Democrático de Direito o exercício do poder estatal está limitado pela lei. Quando transborda é ilegal. (...) É de se concluir, que a Polícia Militar, por força do art. 144 da Constituição da República, possui a função tão somente de realização de policiamento ostensivo e, como qualquer outro cidadão, prender em flagrante delito. A Polícia Judiciária é da Civil, frise-se. Logo, ao se realizar a apreensão de um cidadão, esse deve ser levado à presença da Autoridade Policial, a qual não se confunde com Sargento ou Tenente da Polícia Militar. (...) Evidentemente, não estamos aqui satanizando a Polícia Militar, apenas indicando seu lugar. (...) É preciso abandonar a crença infundada na bondade do poder punitivo. A contenção do poder punitivo é uma exigência irrenunciável para a concretização do Estado Democrático de Direito. Cuida-se de colocar cada personagem do sistema penal em seu lugar respectivo.[21]

O cumprimento de mandado de busca e apreensão por milicianos, portanto, fere preceitos constitucionais e convencionais, sendo, dessa forma, inconstitucional - além de não passar por eventual controle de convencionalidade.

O que tornaria eventual entrada dos milicianos nos domicílios legítima e lícita? Somente em um caso: a presença da visibilidade material do delito, mas não a posse do mandado de busca e apreensão em mãos.

Trata-se de conhecimento prévio do estado de flagrante pela polícia, e essa ciência prévia serve como mola propulsora e motivadora para adentrar em um determinado domicílio de forma lícita.

A mera suposição de que em uma determinada casa haja uma situação flagrancial, portanto, não basta como permissivo para adentrarem nela. É necessário o conhecimento prévio de tal situação.

21. ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JUNIOR, Salah H. Polícia Militar não pode lavrar termo circunstanciado: cada um no seu quadrado. *Justificando*, 01.07.2014.

A existência de um mandado de busca e apreensão também não serve como suporte para a visibilidade material do delito, uma vez que neste exige-se, *in concreto*, a ciência do flagrante, enquanto aquele seria fundamentado em mera suposição e a depender de seus fundamentos.

Tales Castelo Branco[22] explica:

> Considerando-se que, doutrinariamente, tem-se entendido que flagrante delito é apenas aquele que se está cometendo ou se acabou de cometer sem intervalo algum, caso de flagrante delito também será apenas o dessas hipóteses em que a certeza visual do crime está fora de qualquer dúvida. A pretexto de prender em flagrante, não pode a polícia, bem como ninguém, invadir residências, escritórios, firmas comerciais etc.

André Nicolitt[23], por sua vez, arremata:

> O que é desnecessário é o mandado, mas não a situação de flagrante, ou seja, visibilidade material do delito. Não basta se invocar crime de tráfico para estar autorizado o ingresso no domicílio. É preciso uma situação na qual há percepção pelos sentidos de que o delito está ocorrendo.

Importante frisar que a situação de flagrância de quem tem em depósito drogas, por ser crime permanente, não é motivo hábil, por si só, a ensejar entrada temerária nas residências, sem antes ter a visibilidade material do delito.

A proteção constitucional do lar qualifica o direito à inviolabilidade domiciliar e sua violação deve também obedecer aos parâmetros constitucionais. Assim, a pretexto de encontrar drogas em uma residência alheia, por exemplo, não pode a Polícia simplesmente invadi-la.

Sobre o tema, decidiu o STF no RE 603.616[24] que:

22. CASTELO BRANCO, Tales. *Da prisão em flagrante*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 148.
23. NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 423.
24. Ementa: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protrai no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao

> [...] a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e nulidade dos atos praticados.

Sabe-se que o princípio da verdade real está relacionado com o sistema inquisitório, o qual visa à busca da verdade a qualquer custo – inclusive para justificar abusos do próprio Estado. Esse princípio não foi adotado pelo nosso ordenamento jurídico. *O que justifica uma persecução penal é a verdade processual*, a qual não pretende ser a verdade, mas sim o *respeito a todas as regras atinentes à própria persecução penal*, seguindo-se as "regras do jogo", com a observância de todas as garantias. Consoante expõe Aury Lopes Jr, a verdade é contingencial e a legitimação da decisão se dá por meio da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo.

É com base nesse pensamento que o Código de Processo Penal impôs obediência às normas constitucionais e legais, sancionando os atos contrários com ilicitude da prova, bem como adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada (ou prova ilícita por derivação).

> período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

Segundo essa teoria, toda prova coligida, ainda que de forma lícita, mas que teve como consequência uma ação ilícita, será maculada com a mesma ilicitude da ação originária. Essa teoria foi adotada expressamente no Código de Processo Penal, no art. 157, § 1º.

Nesse ponto, vale pontuar algumas considerações feitas pelo Desembargador Nereu José Giacomolli, no HC 70047333448/2012[25]:

> [...] Admitindo-se a possibilidade da polícia militar praticar atos de investigação, também teríamos que admitir a mesma prática por qualquer outra autoridade, em verdadeira distribuição de mandados judiciais com finalidade investigativa, desestruturando-se a organização do Estado Constitucional.
>
> [...] No caso, em se tratando de uma infração penal comum, que não envolve policiais militares e que não apresenta circunstâncias excepcionais a justificar o alijamento da polícia civil da investigação, entendo ser vedado o cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia militar e, como consequência, ilícitas todas as provas e demais elementos informativos resultantes dessa atuação indevida e sem nenhum amparo legal da polícia militar.

25. TJRS, HC 70047333448/2012, 3ª Câmara Criminal, rel. Des. Francesco Conti, j. 15.03.2012, cuja ementa segue: *Habeas corpus*. Deferimento de mandado de busca e apreensão tendo por única base uma *notitia criminis* anônima. Solicitação de mandado de busca e apreensão pelo comandante da Polícia Militar e executado pela Polícia Militar, em atividade de investigação criminal de competência da justiça comum. Atribuição da Polícia Civil. Artigo 144 e seus parágrafos, da ConstituiçÃo Federal. Ilicitude probatória reconhecida. Precedentes do STF e STJ. 1. No caso concreto, diante de uma *notitia criminis* anônima, o Comandante da Polícia Militar sugeriu ao Ministério Público a solicitação de um mandado de busca e apreensão, quem o requereu à autoridade judicial. Deferido, o mandado de busca e apreensão foi entregue à polícia militar, quem o executou, em atividade de investigação de atribuição da polícia civil. Ministério Público e polícia civil não acompanharam a execução. 2. A *notitia criminis* anônima possui entidade para desencadear uma averiguação do fato noticiado, mas não se reveste de potencialidade suficiente para dar suporte a medidas de investigação que interfiram de forma insidiosa em direitos fundamentais, como no caso em tela, com o ingresso em residência de cidadãos, sem qualquer outra averiguação a dar credibilidade ao anonimato, vedado pela Constituição Federal. Nesse sentido já decidiu o STF – precedente citado no corpo do voto. 3. Segundo o artigo 144 e seus parágrafos, da Constituição Federal, a polícia militar não possui atribuição para investigar infrações criminais, inserindo-se nessa ausência de funcionalidade, o cumprimento de mandado de busca e apreensão, em atividade investigatória de infração criminal de competência da Justiça Comum. Ordem de *habeas corpus* deferida, por maioria.

> No ponto, registro que em se tratando da prática de atos invasivos e potencialmente restritivos dos direitos e liberdades individuais, é imprescindível a observância, por parte da autoridade estatal, da irrestrita legalidade, sendo apenas possível agir nos limites da lei, aqui considerada no sentido *lato sensu*.

Perante tais considerações, afirmada a ilicitude no cumprimento do mandado de busca e apreensão, o encontrado dentro do lar, ainda que seja droga, encontro esse que sugeriria flagrante permanente, deve ser considerado prova ilícita por derivação (art. 157, § 2º do CPP), pois, se a conduta originária é ilícita (cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar), as provas derivadas desta também deverão ser assim consideradas.

8. CONCLUSÃO

A Constituição Federal, ao estabelecer um escalonamento de órgãos de segurança pública no artigo 144, assim procedeu para conferir legalidade e legitimidade a cada entidade policial na sua atuação. Todavia, para além da divisão de atribuições, o Poder Constituinte Originário criou normas estritamente relacionadas à persecução penal, impondo a cada órgão seu respectivo mister. Trata-se, portanto, de normas referentes a direitos fundamentais, mais especificadamente ao devido processo legal (art. 5º, LIV da CF).

O artigo 144 da CF deixou claro a impossibilidade de a Polícia Militar praticar atos investigatórios quando o investigado for civil, permitindo-a exercer as funções de Polícia Judiciária somente na seara Militar. Assim, havendo qualquer previsão infraconstitucional em caso contrário, certamente haverá afronta aos arts. 5º, LIV e 144, §§ 4º e 5º, da CF.

As atribuições de Polícia Judiciária e Investigativa cabem às Polícias Civis, chefiadas por Delegados de Polícia, os quais são bacharéis em direito e concursados para exercer o controle da investigação e analisar a legalidade das questões investigativas.

Nesse sentido:

> É certo dizer que as atividades investigatórias devem ser exercidas precipuamente por autoridades policiais, sendo vedada a participação de agentes estranhos à autoridade policial, sob pena de violação do art. 144, § 1º, IV da CF/1988, da Lei n. 9.833/1999, e dos arts. 4º e 157 e parágrafos do CPP[26].

26. LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013. p. 76.

É fato notório que as Polícias Militares dos Estados da Federação, apesar de não haver qualquer regulamentação nesse sentido, organizam-se, por meio das chamadas "P2", órgão policial militar com atribuição originária para investigar seus próprios membros e realizar funções de inteligência, para realizar investigações de civis, atribuição esta das Polícias Civis e Federal.

O Mandado de Busca e Apreensão em uma investigação é uma determinação judicial para realizar atos de cunho investigativo e, consequentemente, o seu cumprimento deve ser encarado como um ato investigativo, de cunho administrativo, relacionado ao Processo Penal, à persecução penal. Dessa forma, por também ser ato administrativo, deve obedecer aos princípios constantes no art. 37 da CF, principalmente no que tange à legalidade e à eficiência.

Ora, se não há qualquer permissivo Constitucional, sequer infraconstitucional, como agentes públicos (Policiais Militares), desprovidos de competência (atribuição) para o ato, agem no sentido de cumprir mandados de busca e apreensão? Tal ato deve ser encarado como violador dos dispositivos constitucionais mencionados, sendo, dessa forma, ilegais e, além disso, com excesso de poder.

Dessa forma, eventual prova coligida, ainda que constituidora de flagrante permanente, p. ex., drogas, seria maculada pela ilicitude, na modalidade de prova ilícita por derivação, pois o ato que culminou na ilicitude da prova é justamente o anterior, qual seja, o cumprimento do mandado de busca e apreensão.

Não há que se falar, inclusive, que ocasional encontro de objetos ilícitos (drogas, armas, entre outros) tornaria a ação anterior legítima devido ao estado de flagrância permanente. Isso porque o ato impulsionador à entrada no domicílio foi justamente o mandado de busca e apreensão, que foi cumprido de forma ilícita. O único meio de tornar lícita a ação dos milicianos seria perante a visibilidade material do delito, condição esta que não está presente pela simples existência de um mandado de busca e apreensão.

As regras constitucionais e legais acerca das atribuições policiais, além de meras normas orgânicas, devem ser encaradas como normas relacionadas, direta ou indiretamente, a direitos fundamentais, como explicitado. Sob o argumento de falta de estrutura de um órgão policial, é vedado ao outro imiscuir em suas atribuições, sob pena de ilegalidade do ato. A forma, aqui, é garantia.

9. Bibliografia

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTELO BRANCO, Tales. *Da prisão em flagrante*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de et al. *Investigação criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DOTTI, René Ariel. A autoridade policial na Lei 9099/95. *Boletim IBCCRIM*, n. 41, maio 1996.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JUNIOR, Salah H. Polícia Militar não pode lavrar termo circunstanciado: cada um no seu quadrado. *Justificando*, 01.07.2014.

SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação*. Salvador: JusPodivm, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A execução da busca e apreensão, capacidade de representação do delegado de polícia, etiquetamento e o controle judicial. Atualidades, de Rodrigo Carneiro Gomes – *RT* 964/297-312 (DTR\2016\238); e
- Busca e apreensão (direito processual penal), de Rogério Lauria Tucci – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/1231-1244 (DTR\2012\450192).

GROTTI, Vyctor Hugo Guaita. O cumprimento de busca e apreensão pela Polícia Militar e suas consequências jurídicas no âmbito da prova processual penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 125-147. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

Caminhos, ferramentas e discursos em busca da administração da justiça penitenciária

Pathways, tools and discourses in search for the administration of penitentiary justice

Andréa Ana do Nascimento

Doutora (2014) e mestre (2008) em Sociologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – PPGSA/UFRJ. Especialista em Políticas Públicas de Justiça Criminal e Segurança Pública pela Universidade Federal Fluminense – UFF (2005). Bacharel e Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – IFCS/UFRJ (2004). Pesquisadora do GPESC/PUCRS e do NECVU/UFRJ. Professora Colaboradora e Bolsista PNPD/CAPES de estágio pós-doutoral no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora Substituta do Instituto Federal de Ciência e Tecnologia Sul-rio-grandense.
andrea77ana@gmail.com

James William Santos

Doutorando e Mestre (2016) em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PPGCS/PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2015). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2013). Pesquisador do GPESC/PUCRS. Bolsista CAPES no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Concluído).
jameswilliamsantos@gmail.com

Recebido em: 06.03.2017
Aprovado em: 10.08.2017
Última versão dos autores: 27.08.2017

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O presente ensaio é resultado de uma pesquisa que procura compreender as racionalidades que permeiam a produção do discurso legislativo carcerário e ilustrar as ambiguidades que informam essas legislações. Neste trabalho será exposto o caminho de construção das ferramentas de análise dos projetos de lei que deram origem à produção legislativa carcerária desde a

Abstract: This essay is the result of a research which seeks to understand the rationales that underlie the production of correctional legislative discourse and illustrate the ambiguities of the discourses that inform these laws. In this paper, the means by which were constructed the analysis tools of the bills that originated the correctional legislative production since redemocratization,

Nascimento, Andréa Ana do; Santos, James William. Caminhos, ferramentas e discursos em busca da administração da justiça penitenciária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 151-186. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

redemocratização, dialogando com o passado carcerário brasileiro e as influências contemporâneas. Desde o século XVIII é possível perceber distorções nos desejos normativos sobre o cárcere e a punição: o descaso público, a subumanidade que foi relegada às prisões e o caráter de subcidadãos que os condenados detinham, porém, no discurso, buscava-se o modelo de enclausuramento perfeito. A investigação de origem pretendeu verificar os projetos de lei de forma analítica e dinâmica sem perder de vista a crítica ao discurso contido na legislação, aliando dados empíricos aos processos sociais, culturais e políticos do contexto brasileiro. Dessa forma, o objetivo principal do presente ensaio é demonstrar os caminhos teórico-analíticos e dinâmicos utilizados na pesquisa e compartilhar um pouco dos resultados da análise de como e sob quais razões são produzidas as leis de execução penal na experiência nacional.

Palavras-chave: Processo Legislativo – Execução penal – Política carcerária.

dialoguing with Brazilian prison history and contemporary influences, will be exposed. Since the eighteenth century distortions in the normative desires about prison and punishment can be perceived. The discourse sought tries to capture the perfect enclosure model, however, the public indifference, the inhumanity which prisons were relegated to and the stigma of sub-citizen attach to the convicts remained. The source material aimed to verify the bills in an analytical and dynamic way without losing sight of the critique to the discourse contained in the legislation, combining empirical data with the social, cultural and political processes of the Brazilian context. Thus, the main objective of this essay is to demonstrate the theoretical-analytical and dynamic paths used in the original research and share part of the results of how and under what rationales the correctional laws are produced in the Brazilian experience.

Keywords: Legislative process – Correctional law – Prison policy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Utopias carcerárias e premissas históricas. 3. Da modernidade à brasileira ao constitucionalismo contemporâneo. 4. Breves considerações sobre o debate teórico contemporâneo da punição. 5. Conhecendo o processo legislativo e o poder de agenda do Executivo. 6. Construindo ferramentas de análise: analíticas e dinâmicas. 6.1. As racionalidades do legislar. 6.2. As fases e os atores do processo legislativo. 7. Alguns resultados de um esforço analítico, dinâmico e discursivo. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O estudo do campo penitenciário apurou-se, nas últimas décadas, principalmente com a publicação, em meados dos anos 1970, de *A questão penitenciária*, de Augusto Thompson (1976). As discussões sobre o tema têm se desenvolvido como apêndice de uma área que possui um espaço mais proeminente: a Administração da Justiça Penal, que engloba o interstício que existe entre os debates críticos predominantemente sociológicos sobre as mais diversas áreas do sistema penal. Um marco contemporâneo da Administração da Justiça Penal foi a obra *Crime, Polícia e Justiça no Brasil* (2015), demonstrando

o desaguar de uma produção que, nem sempre coordenada e orientada sob o mesmo viés, ocupa um espaço de pesquisa tão necessário.

Este ensaio intenta, com base nos estudos já produzidos, contribuir para uma categoria paralela que já emerge nos trabalhos que têm por escopo o Sistema Penitenciário, qual seja, a Administração da Justiça Penitenciária. O ensaio deriva de uma pesquisa extensa sobre as produções legislativas em matéria de execução penal, e se propõe a compartilhar o caminho de construção das ferramentas de análise do corpo legislativo de execução penal e o contexto histórico, social e teórico do debate sobre a penalização no Brasil. Desde o século XVIII é possível perceber as distorções nos desejos normativos sobre o cárcere e a punição. Nas últimas décadas, emergiram construções teóricas críticas do sistema penal que têm sido fundamentais para a compreensão desse momento de convergência global na política carcerária ocidental. No Brasil, em 1984, a Lei de Execução Penal carrega no seu discurso a crença de que a legislação pode, de certo modo, garantir a mudança do *status quo* penitenciário. Por tais motivos, o corpo de análise do estudo prévio foi o projeto de lei que deu origem à Lei de Execução Penal e a todas as demais legislações de mesmo caráter. As leis foram selecionadas por meio de um critério de relevância baseado na mudança substantiva do modo de cumprimento da pena ou de um arranjo organizacional da execução criminal. As informações foram coletadas nos *sites* da Presidência da República, do Senado Federal (Sistema de Informações do Congresso Nacional – Sicon) e da Câmara dos Deputados. Para entrar no parâmetro de análise da presente pesquisa, o diploma deve a) tratar especificamente de matéria carcerária/penitenciária, b) ter passado pelo crivo legislativo do Congresso Nacional e c) ter força coercitiva para impor seu conteúdo. Ao todo foram coletados 17 projetos de lei que se tornaram legislação nacional dentro dos parâmetros expostos. Dito isso, é preciso dizer que, com esse recorte, não foram incluídas leis que aumentaram penas ou criminalizaram novas condutas, nem planos ou diretivas administrativas (por exemplo, Plano Nacional de Saúde no Sistema, de 2003, e as Diretrizes Nacionais para Educação nas Prisões, de 2010).

Feitas essas observações sobre o material de origem, é importante destacar que o objetivo do presente ensaio não é reprisar na íntegra o que foi construído anteriormente, senão apenas demonstrar o caminho traçado para construção das ferramentas de análise do corpo legislativo mencionado anteriormente.

Para tanto, a estrutura dos tópicos do presente ensaio começa por uma análise histórica que parte dos primórdios do pensamento carcerário colonial, passando pelo desejo de modernidade até o constitucionalismo contemporâneo. Na sequência, o debate teórico contemporâneo da punição é brevemen-

te exposto e suas nuances pinceladas abrem espaço para os questionamentos sobre a produção legislativa. O tópico seguinte se propõe a explorar o campo de produção legislativa nacional e os meandros da relação entre Poder Executivo e Congresso Nacional. Dado o olhar histórico, o contexto social, o debate teórico e esquematizado o campo de produção legislativa, os tópicos seguintes tratam da construção das ferramentas analíticas e dinâmicas para análise do corpo legislativo, analiticamente abordando as racionalidades eventualmente ínsitas ao texto legislativo e dinamicamente expondo a esfera externa do processo legislativo, suas fases e atores principais. Em seguida os resultados do estudo são ilustrados em três momentos: as impressões sobre a dinâmica do processo legislativo, o olhar analítico sobre o conteúdo normativo e a crítica discursiva. Dinâmica: a variação do tempo do processo legislativo, a desconstrução da cooperação entre os poderes, o destaque das Comissões de Constituição e Justiça (ausência de debate) e o aumento do interesse na pauta carcerária. Analítica: Pragmatismo x Sistematicidade, fontes e fins das legislações. Discursiva: dois grupos de legislações encontrados e, nestes, duas grandes tendências. Por fim, as considerações finais refletem sobre o caminho percorrido e os resultados encontrados. Dado o contexto social complexo de ambíguas sobredeterminações históricas e contemporâneas, as tendências para produção legislativa carcerária brasileira se dividem em recrudescimento penal e intervenção legislativa para a proteção e promoção de valores e fins sociais. As ambiguidades e contradições coexistem, os entendimentos sobre o cárcere são diversos, porém é necessário destacar o vínculo histórico que ele mantém com a sociedade brasileira. Os discursos sobre a prisão mudaram, mas as práticas têm uma continuidade.

2. Utopias carcerárias e premissas históricas

O primeiro esforço é encontrar um suporte histórico da questão do cárcere no Brasil. Pedroso (1997) contribuiu demonstrando as utopias carcerárias historicamente presentes no discurso político em comparação com a realidade das prisões. O estudo da autora propõe-se a analisar essas distorções nos desejos normativos que não se realizam. Há o descaso público, a subumanidade que foi relegada às prisões e o caráter de subcidadãos que os condenados detinham, porém, a despeito desse quadro, no discurso, buscava-se o modelo de enclausuramento perfeito, o qual é chamado de "utopia" pela autora.

O discurso político penitenciário brasileiro posto historicamente em perspectiva demonstra uma repetição de movimentos em torno dos mesmos objetivos. Pedroso (1997, p. 123-124) destaca que, no Brasil Império, as principais

metas prisionais eram: a) modificar a índole dos detidos por meio da recuperação dos prisioneiros; b) reduzir o crime, a pobreza e a insanidade social; c) dirigir suas finalidades para a cura e prevenção do crime; d) reforçar a segurança e a glória do Estado.

Não é coincidência a repetição desses discursos nas legislações recentes. A autora explicita que essas utopias carcerárias eram pensadas pelos juristas da época e entravam em colisão com os poderes presentes na realidade penitenciária, isso porque os órgãos públicos pouco se interessavam pela administração penitenciária (PEDROSO, 1997).

Difícil acreditar que os discursos se mantenham tão próximos como de fato permanecem e que, em 2015, a Lei 13.167/15 ainda busque "reassumir o controle das penitenciárias e garantir a reintegração social dos presos" (BRASIL, 2015).

No início do século XX, o País começa uma importante transformação no modelo político e jurídico estatal, a partir da iniciativa de implementar um projeto de modernização e racionalização do Estado. O projeto de modernização brasileira buscava atingir diversas esferas de poder, desde a burocratização das esferas administrativas, passando por uma expansão da regulação jurídica de alguns setores, como a economia e as relações de trabalho, até o aumento da competência do Poder Executivo em relação aos demais poderes – ou seja, este toma para si o papel de protagonista na organização da modernização brasileira. Esse processo operou-se com a formação burocrática do Estado, vinculada a um pensamento de fortalecimento das instituições. Para tanto, foi necessário forte estímulo para a construção de um corpo técnico-burocrático e de órgãos de execução de políticas estatais, tais como ministérios, conselhos e comissões, e outras instituições (PRANDO, 2012).

No que se refere às instituições do sistema de Justiça Penal, o impacto das transformações foi de igual percepção, as propostas de reformas e de fundação de institutos capazes de tratar da nova "realidade brasileira" surgiam abundantemente. Uma dessas propostas é a reorganização das instituições penais em torno de especializações acerca do criminoso. Os indivíduos e seus locais de reclusão foram divididos em quatro especialidades: a) os asilos de contraventores tinham por finalidade o encarceramento dos ébrios, vagabundos e mendigos, em suma, os antissociais; b) os asilos de menores se propunham a empregar uma pedagogia corretiva à delinquência infantil; c) os manicômios criminais foram idealizados para aqueles que sofriam alienação mental e requeriam um regime ou tratamento clínico, enquanto os cárceres de mulheres seriam organizados de acordo com as indicações especiais determinadas por seu sexo; d) prisão de processados, pressupondo a inocência do réu, foi pensa-

da a partir da ideia de que não seria conveniente misturar os processados com delinquentes já condenados (PEDROSO, 1997, p. 126-127; PRANDO, 2012).

Esses novos modelos de encarceramento tinham por objetivo reforçar a ordem pública, protegendo a sociedade mediante a profilaxia de isolamento em um espaço específico. Todavia, esse isolamento dos detidos por categorias criminais entrou em choque com o cotidiano da realidade carcerária, que impossibilitava a aplicação dessas modalidades. A direção dos presídios via, na punição aos presos, formas de suprir as deficiências operacionais dos presídios que, na prática, não ofereciam condições adequadas para a recuperação do delinquente.

Outro fator que problematizava a questão da separação do réu na prisão era o fato de que deveria levar-se em conta a índole, antecedentes e grau de criminalidade do condenado. "A preocupação com a índole do indivíduo revela a preocupação com o caráter, inclinação, tendência, temperamento e propensão ao crime, estipulado através do pré-julgamento da personalidade do preso através da análise de sua fisionomia" (PEDROSO, 1997, p 127).

A característica fenotípica do apenado possui destaque na segregação como herança de uma influência da "Escola Positiva Criminológica". Todavia, nesse Brasil do início do século XX, não se consegue vislumbrar a consolidação de uma Escola em termos de unidade metodológica ou política. Isso porque não encontramos entre os séculos XVIII e XIX um pensamento liberal-reformista clássico que pudesse se contrapor à produção de um pensamento vinculado aos pressupostos da Escola Positiva (PRANDO, 2012).

A partir da década de 1930 é difícil reconhecer qualquer tipo de adesão, entre os juristas, a uma Escola ou outra. Pelo contrário, esse período é marcado pela disposição em produzir reformas legislativas e, para isso, fazer concessões a princípios teóricos rígidos em nome de um "ecletismo", o que, na época, se mostrava como caminho fundamental (PRANDO, 2012).

Muitos foram os projetos e as reformas que surgiram nessa época como resposta que solucionaria os problemas penitenciários. Entre eles destacamos: i) as Colônias de Defesa Social, um dos projetos que procurou renovar a ideia de separação dos réus por categoria criminosa e confiava na disciplina estrita dos administradores das instituições; ii) a Cidade Prisional, cuja premissa era tentar dar ao encarcerado condições de uma vida mais saudável, ou seja: assistência médica, dentista, esporte, educação, trabalho e entretenimento regularmente (PEDROSO, 1997).

Os ideais reformadores estabeleciam a "modernização" como meta histórica, acobertando a prática da violência e do descaso pelo homem. Mais do que

isso, esse ideal reformador defrontou-se com as reais condições das prisões. O discurso da "conciliação entre escolas" ocultava uma unidade em torno de um projeto político de um controle penal eficaz de Defesa Social (PRANDO, 2012).

No mesmo sentido, a inoperância das instituições públicas brasileiras trabalhou em prol da mentalidade autoritária da época e, consequentemente, contribuiu para a criação de lugares excludentes do "mundo civilizado", porém sempre tomando como base e nunca deixando esquecer os modelos ideais e perfeitos de aprisionamento (PEDROSO, 1997).

3. Da modernidade à brasileira ao constitucionalismo contemporâneo

O período que sucedeu as reformas dos anos 1930 e 1940 foi de poucas aberturas para reformulações no pensar do sistema penitenciário. Porém, as tentativas de se construir uma legislação federal cujo escopo seria a criação de um novo modo de execução penal e a reforma de um sistema penitenciário que pudesse garantir os direitos básicos aos apenados não cessaram, de forma alguma. Pelo menos três anteprojetos de legislação penitenciária foram indicados ao Congresso para avaliação: os de Oscar Stevenson (1957), Roberto Lyra (1963) e Benjamin Moraes Filho (1970) (DOTTI, 2009).

O período ditatorial brasileiro contribuiu para que tais temáticas fossem deixadas em segundo plano. Somente no final dos anos 1970 uma nova configuração institucional proporcionou condições para um processo de abertura política, o qual foi longo e muito bem acordado. Muitas das instituições que suportaram esse tipo de governo se mantiveram exatamente como estavam durante o regime de exceção.

Zaluar (2007) constrói um panorama sobre o processo de democratização brasileira que é crucial para o entendimento do período em questão. A autora crê que não houve uma quebra institucional no processo de abertura política; consequentemente, as lógicas de trocas entre Executivo e Legislativo não mudaram, bem como não ocorreram reformas profundas no sistema de justiça.

Acrescenta Zaluar (2007) que a inércia institucional, com certeza em razão da falta de oxigenação no processo de redemocratização, explica as violações persistentes dos direitos civis, e a ineficácia do sistema de justiça tem suas raízes históricas profundas e se articula com o campo político.

O crescimento dos crimes violentos, sobretudo sequestros, roubos e homicídios com a utilização de arma de fogo, se deu próximo ao fim do regime militar no Brasil. Além das capitais e das regiões metropolitanas, o aumento também atingiu diversas cidades do interior. Desde a década de 1970, o incre-

mento da violência urbana e a expansão do crime organizado possuem plena visibilidade na mídia, bem como na percepção social das populações urbanas, que foram medidas por pesquisas de opinião. Todavia, entre as décadas de 1980 e 1990, a percepção social do crime potencializou-se. Os crimes de tráfico de drogas, contrabando de armas e a corrupção passaram a fazer parte do cotidiano das cidades brasileiras. Desse modo, o fenômeno criminal torna-se experiência coletiva e contribui para o aumento do medo e da insegurança no espaço público (MISSE, 1993; CIFALI, 2015).

Adorno (1996) aduz que, até os primeiros anos da década de 1980, as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado brasileiro caracterizavam-se pela centralidade das decisões na esfera federal, pelo caráter setorial, pela fragmentação institucional e pela exclusão da sociedade civil no processo de formulação das políticas públicas, de sua implementação e, muito mais, do controle da ação governamental. Ao longo dos anos 1980, o aumento da criminalidade urbana violenta com certeza influenciou grandemente as agências e instituições responsáveis pelo controle social. Esse impacto pressionou a expansão dos serviços de polícia judiciária e de vigilância, cooperando, ao menos nos primórdios da década, para a operacionalização das políticas de segurança e justiça (ADORNO, 1996).

Esse contexto de ascensão da criminalidade e iminente mudança de diretivas institucionais no Brasil foi um campo aberto para novas especulações sobre os rumos da política criminal e penitenciária. Como afirmamos, a partir da metade da década de 1970 há um movimento de conscientização sobre a questão penitenciária e todos os problemas endêmicos oriundos do cárcere no País. Porém, os anos que seguiram foram de notáveis acréscimos nos níveis de criminalidade, muito por conta da migração para os centros urbanos no período (AZEVEDO, 2004).

A soma desses fatores não impediu o enfrentamento da pauta política de esgotamento do sistema penitenciário brasileiro na esfera normativa. Enquanto nos países ditos centrais o debate político e econômico girava em torno do esgotamento do modelo de *Welfare State*, no Brasil o processo de redemocratização gestado durante esse período permitiu a retomada das discussões sobre a necessidade de serem pensadas novas práticas e políticas informadas pela doutrina do Estado Social. Os debates políticos que se instauraram a partir da abertura política contemplavam e propunham ideais de conquistas sociais e de afirmação dos direitos humanos em resposta à ditadura militar.

A abertura política trouxe reflexões sobre os caminhos do sistema penitenciário, ainda que no seio do regime ditatorial. Todavia, apesar da normatização resultante desses debates (a Lei de Execução Penal de 1984), os segmentos

políticos de natureza conservadora – ainda muito influentes – resistiam, reclamando o recrudescimento da política carcerária brasileira (ALVAREZ et al., 2013).

Desse modo, apesar do processo de reconstrução democrática ter tido sucesso no desenvolvimento de um novo regime político, que permitiu a consolidação de uma série de mudanças substantivas, as quais visaram a munir a sociedade de instrumentos de defesa contra o arbítrio do poder de Estado, a instauração efetiva de um Estado de Direito não foi alcançada (CIFALI, 2015). A ausência de quebra institucional contribuiu para que a efetivação de uma cultura democrática fosse minorada. Logo, os efeitos de uma institucionalização democrática de nível baixo podem ser percebidos contemporaneamente.

O discurso sobre o cárcere historicamente tem se mantido em constante ebulição, seja ele de caráter humanizante, seja degradante, porém a construção de novas práticas com base naqueles valores humanísticos parece se perder nas escusas e impossibilidades de um sistema estruturalmente degradante. O próprio desenvolvimento constitucional não escapou do paradoxo discurso-prática que impera recorrentemente na normatização nacional. No alvorecer da Constituição de 1988, o Brasil se encontrava em uma situação de tensão do tecido social na qual os movimentos político-sociais procuravam afirmação e reconhecimento normativo, bem como os representantes das instituições políticas remanescentes do período ditatorial também partiam em busca da subsistência hegemônica de seus ideais.

A Constituição Federal, não obstante ser invocada como instrumento de promoção da vida e dos direitos do cidadão brasileiro, no que concerne ao trato da conflitualidade social, pode ser interpretada como verdadeiro dispositivo criminalizador e, por vezes, como episteme justificante da lógica encarceradora. (SANTOS; RAMOS, 2015). Não há como negar que a Constituição agregou avanços político-sociais, porém tais demonstrações se revelaram de caráter demasiadamente programático. A normatização criminalizadora, por outro lado, mostrou-se ambivalente: programática e imediata. Pode-se perceber que a realidade brasileira pós-1988, sem dúvida, possui como característica marcante a priorização da resolução dos conflitos sociais sob a ótica da resolução penal e da criminalização. Dentro dessa produção legislativa penal em ascensão, agora especificamente tratando da questão penitenciária, é notável a coexistência de dois movimentos gerais que operam sem oposição aparente. Dois vetores podem ser ressaltados como guias desse fenômeno: um que denota a proposição de normas com o intuito de agravar penas e o outro que busca a efetivação de direitos e garantias penais (CAMPOS, 2010).

Dado o panorama nacional de contínua institucionalidade e alta permeabilidade em relação às sobredeterminações históricas, encontramos no espectro internacional algumas contribuições relevantes ao tema em questão. Muitas das construções teóricas críticas do sistema penal que têm sido fundamentais para a compreensão desse momento de convergência global na política carcerária ocidental possuem fontes em comum, as quais se mostram instrumentalmente vitais ao fornecer esquemas de pensamento capazes de agregar ao diálogo entre teoria e realidade.

4. Breves considerações sobre o debate teórico contemporâneo da punição

Garland (2008) aponta para uma nova configuração do campo de controle do crime, no qual dois padrões de ação política emergem: o primeiro padrão está ligado a estratégias de adaptação, com ênfase em prevenção e parceria (pública ou privada); e o segundo é chamado de estratégia de Estado soberano, que postula criminalizações e punições mais expressivas. Dois elementos contribuíram para que isso ocorresse: a busca de regulação de áreas não antes atingidas pelo Direito e a precarização da discussão penal na arena política.

A insegurança e a busca pelo reconhecimento e pela regulação dos direitos perante a unidade estatal combinados com o abandono dos setores mais politizados do debate Executivo-Legislativo foram fatores que atraíram uma política imediatista pouco preocupada com a complexidade dos conflitos sociais e, por outro lado, interessada em parecer estar agindo em favor das demandas sociais (GARLAND, 2008).

Essa ferramenta nos proporciona um olhar mais atento sobre a dualidade nas posições políticas carcerárias produzidas no Brasil, até em função da permeabilidade que os discursos hegemônicos possuem nos países periféricos. A propósito, explica-se que, aproximadamente, desde inícios dos anos 1990, a América Latina figurou como palco de um fenômeno de importação de discursos e técnicas de controle do crime cujas referências foram as estratégias estadunidenses. Apesar de os EUA exportarem suas políticas de segurança para o mundo, o conceito de país seguro no qual as pessoas convivem sem o medo do crime nunca esteve próximo dos Estados Unidos. Mesmo assim, diversas práticas tendentes a endurecer o tratamento da questão penal na América Latina nos últimos vinte anos são oriundas dessa colonização político-penal norte-americana. Alguns exemplos podem ser evidenciados, como o fenômeno das prisões privadas, aquelas administradas exclusivamente por empresas particulares: sem dúvida, guardam uma relação muito peculiar com o programa

neoliberal levado a cabo tanto nos Estados Unidos quanto no Chile, onde já existiam seis prisões desse tipo (todas implementadas por empresas estadunidenses) (SOZZO, 2012).

Com esse novo campo do controle, um esquema de ação política ambivalente ascende: por um lado, há a preocupação em administrar o problema e desenvolver novas estratégias que sejam racionalmente adequadas, por outro, uma tendência recorrente a uma espécie de negação histérica e à reafirmação da soberania do Estado. Essa dualidade do pensamento e das práticas penais foi nomeada por Garland (2008) de "criminologia do eu" e "criminologia do outro", e expressa uma disputa no cerne da política criminal contemporânea. A "criminologia do eu" faz do criminoso um consumidor racional, como qualquer cidadão. A "criminologia do outro" idealiza o criminoso como um estrangeiro ameaçador, um excluído ou um rancoroso (GARLAND, 2008).

Young (2007) possui dois conceitos próximos ao deste último autor: o estranhamento chamado de "conservador", que está baseado na demonização, projetando valores negativos ao "outro" e concedendo ao "eu", automaticamente, valores positivos, e o estranhamento "liberal", pois se funda na crença de que o "outro" não possui os valores que o "eu" possui, tornando-se necessário que este seja conduzido para um caminho que o traga mais próximo desses valores ausentes (YOUNG, 2007).

O cenário da ambiguidade nas respostas penais se alinha no horizonte da política criminal. Garland (2008) explica que grande parte das medidas penais recentemente adotadas pelos governos ocidentais intenta traduzir o sentimento público. Tais legislações procuram defender que o punir é para o próprio bem do apenado, insistindo nos objetivos punitivos, de modo que cada medida opera em dois registros diferentes. Um é o registro punitivo, que sustenta os símbolos de condenação e de sofrimento para entregar sua mensagem, e outro, um registro instrumental mais adequado aos objetivos de proteção do público e gestão do risco (GARLAND, 1999).

Ainda nesse ponto, Matthews (2013) dá a pista para as ambiguidades da política penal quando refere que a presença de mensagens mistas e de imperativos concorrentes que constantemente emanam de fontes oficiais é fator que não pode ser desconsiderado. Por isso, em determinado momento, pode-se falar mais em medidas alternativas e descarcerização e, em outro, de medidas mais severas para impedir a impunidade.

Em busca de alguns dos imperativos e mensagens que se estão impingindo à produção da legislação carcerária, ainda no espectro internacional recorremos à contribuição de Larrauri (2007), para quem o populismo penal ou punitivo

apresenta-se como o mais destacado projeto político-criminal da atualidade. A face moderna do discurso criminalizador ilustra um movimento institucional extremamente hábil na formatação de leis penais.

Partindo do pressuposto de que é impossível amalgamar todas as expectativas e desejos da população na legislação, não é difícil conjecturar que dentro dos parâmetros do populismo punitivo seja a "opinião pública" usada como razão justamente nos pontos que mais servem aos interesses daqueles que possuem o poder de legislar. Ao lado do populismo punitivo existem outras construções elucidativas desses imperativos que influenciam na construção das legislações. Entre estas se encontra o Estado regulativo. Para falarmos desse ponto buscamos apoio em Calvo García (1998) e Delmas-Marty (2004). O chamado Estado regulativo pretende pensar na criação e colocação em funcionamento do âmbito jurídico-burocrático de intervenção que assuma o desenvolvimento dos programas e aplicação das normas de proteção e promoção de valores e fins sociais que tenham a função de compelir uma regulação cada vez mais complexa e a mobilização de amplos meios econômicos, institucionais, técnicos e humanos necessários para a realização dos fins e objetivos regulativos.

A reestruturação de um campo do conhecimento prático social estabilizado culturalmente não ocorre do dia para a noite. As pautas sociais são guiadas pela insegurança peculiar à modernidade tardia, movendo a insatisfação social para o campo penal. Apesar de o fenômeno contemporâneo de inflação legislativa não ser próprio do direito penal, desenvolveu-se nele com singular amplitude (DELMAS-MARTY, 2004).

Dessa forma, o sistema pode não estar preparado para os pleitos de normatização regulativa, mas, mesmo assim, estes aparecerão, inclusive, na esfera penal. Com certeza este é um fator que contribui para a presente análise.

Seguimos o caminho de contribuições em favor da racionalidade penal moderna. Pires (2004) traz esse conceito, que concebe a proteção da sociedade ou a afirmação das normas de modo hostil, abstrato, negativo e atomista. A hostilidade está no modo como é representado o delinquente. O transgressor é visto como um inimigo do coletivo. Dessa maneira se estabelece uma equivalência necessária entre o valor do bem ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir ao transgressor.

No paradigma da racionalidade penal moderna, as relações entre o direito penal e os direitos humanos se constroem de modo paradoxal e conflitante. A questão que põe o conflito para a racionalidade penal moderna é o fundo de justificação implícito a ela, que é a Defesa Social, razão com potência de legitimar toda e qualquer ação estatal polarizante.

Essas contribuições pintam o quadro do contexto contemporâneo do pensamento político criminal crítico. Antes de entrarmos nos resultados da análise legislativa, é necessário que sejam ilustrados o processo legislativo brasileiro e as ferramentas usadas para construir impressões dinâmicas e analíticas sobre as legislações.

5. Conhecendo o processo legislativo e o poder de agenda do Executivo

Este trecho corresponde a uma esquematização descritiva dos procedimentos enredados na elaboração de leis no âmbito do Poder Legislativo, com um especial destaque na sua interação com o Executivo. Antes disso, é necessário fazer uma ressalva: no decorrer deste trecho, eventualmente algumas regras e normas serão citadas, porém, ao colacionar apenas as regras formais, em nenhuma circunstância se está pressupondo a linearidade do processo legislativo ou ignorando a complexidade dos atos que o envolvem. Sabe-se que esse é influenciado por conjunturas políticas, econômicas e sociais, pelos atores que participam do processo e pelos interesses em jogo.

Dito isso, iniciamos nossa tentativa de descrição dinâmica do processo legislativo identificando os atores institucionais e os momentos-chave. Em se tratando de legislação penal, o Congresso Nacional, formado pela Câmara e pelo Senado, compõe a instância competente para edição dessas normas. Para se criar ou modificar uma lei, é necessário um projeto, que pode ser proposto por um deputado ou senador, por comissões da Câmara ou do Senado e pelo Presidente da República. A apresentação de projeto de lei também pode ser oriunda do Poder Judiciário, do Procurador-Geral da República e se configurar como iniciativa popular.

Os projetos de alteração da legislação vigente são determinados por uma série de dispositivos institucionais que demarcam os momentos de interação entre a presidência e o parlamento. As normas legais que organizam o processo legislativo estão tanto na Constituição Federal de 1988 como nos regimentos internos do Senado e da Câmara dos Deputados.

Entre os principais atos que estruturam o procedimento de produção legislativa estão: a) iniciativa legislativa; b) emendas (consistem em uma proposição, apresentada como acessória de outra, destinada a alterar a forma ou conteúdo da principal, podendo ser supressiva, aglutinativa, substitutiva, modificativa ou aditiva); c) votação; d) sanção (é o ato de manifestação da aquiescência do Poder Executivo em relação à lei); e) veto (é a manifestação negativa do Poder Executivo), podendo recair sobre o texto legislativo como um todo ou parcial-

mente); f) promulgação (etapa da elaboração da lei que atesta, oficialmente, a existência desta, com a ordem de seu cumprimento); e g) publicação (apesar da promulgação, a lei só terá eficácia quando levada ao conhecimento público, que se materializa no momento de sua publicação em órgão oficial) (CIFALI, 2015; BRASIL, 2016).

Nesse processo pelo qual passa o projeto de criação/alteração legislativa, o Executivo possui alguns instrumentos para exercer pressão e, assim, ser capaz de interferir ou conduzir a produção legislativa. Nesses espaços de intersecção entre o Executivo e o Legislativo é que o dito "poder de controle de agenda" por parte do Executivo pode ser exercido. Historicamente, muitas das leis promulgadas no Brasil advêm ou estão alinhadas com a agenda do Executivo (ALBUQUERQUE et al., 2006; CIFALI, 2015).

Em diversas ocasiões, em razão de prioridades da agenda do Executivo, são feitos acordos internos na Casa Legislativa, no intuito de transferir ao governo o ônus de certas decisões que possam exigir altos custos políticos, as quais, na maioria das vezes, são materializadas por meio de medidas provisórias. O Congresso, nessas hipóteses, busca minimizar ao máximo o eventual e possível desgaste político do legislativo. Desse modo, nos acordos entre poderes, o Executivo se compromete com uma matéria que pode não ser popularmente aceitável (que pode ser, por exemplo, tratada via medida provisória), enquanto o Congresso se responsabiliza em seguir a agenda de prioridades legislativas do Executivo (ALBUQUERQUE et al., 2006).

Destaque-se que a introdução das medidas provisórias (1985) precede a elaboração da Constituição de 1988. Todavia, no diploma constitucional foram outorgados ainda mais poderes legislativos antes não existentes, os quais, somados a outros, privativos do chefe do Executivo, permitem-lhe conduzir, em grande medida, a agenda do Poder Legislativo. A motivação para tal alteração baseou-se na necessidade de prioridade na agenda do Executivo. Isso porque suas pautas, no que tange à execução de políticas públicas consideradas necessárias e urgentes, seriam afetadas pela demora da tramitação (PALERMO, 2000).

Figueiredo e Limongi (2001) defendem a ampliação dos poderes do Executivo, pois podem evitar as crises motivadas pela incapacidade de ação do governo e impedir que este se veja paralisado por conflitos internos. No entendimento dos autores não há prejuízo em dotá-lo de poderes legislativos excepcionais, pois, com sistemas partidários fragmentados e de fraca disciplina interna (como os do Brasil), é por intermédio destes que o Executivo pode aumentar a capacidade de implementar uma agenda de governo.

Um dos instrumentos tradicionalmente usados pelo Executivo com o fim de impor maior celeridade em relação aos projetos de sua agenda é o pedido de urgência. O regime de urgência surgiu na reforma regimental da Câmara dos Deputados, em 1973. A justificativa para sua utilização por parte do poder Executivo é o "interesse público relevante e urgente", termo extremamente vago e aberto, ficando a cargo do Presidente a interpretação do que possui tais características para a utilização da medida. O "regime de urgência" consiste na faculdade do Presidente para requerer a devida emergência para a Câmara dos Deputados e para o Senado Federal em apreciar determinada matéria, com prazo máximo de 45 dias em cada uma das Casas (ALBUQUERQUE et al., 2006; CIFALI, 2015).

Dessa forma, o pedido de urgência impede que os parlamentares, por interesse de seus respectivos partidos, possam simplesmente "engavetar" as propostas, e obriga que as matérias provenientes do Executivo sejam efetivadas da modo mais célere possível. Para tanto, dispensam-se os prazos ou as formalidades regimentais para que proposições sejam desde logo consideradas, até sua decisão final, passando a ter prioridade na agenda de votações do Legislativo (ALBUQUERQUE et al., 2006).

No caso de não haver apreciação da matéria no prazo estipulado, automaticamente esta passará a ter prioridade na agenda do Legislativo. Inclusive, o pedido de urgência pode retirá-la da comissão em que se encontra, para ser discutida diretamente no plenário. Nesses casos, com base em algum tipo de articulação com as lideranças partidárias, o Poder Executivo pode tentar contornar as comissões congressuais para impedir alterações e apressar a aprovação de proposições de seu interesse (ALBUQUERQUE et al., 2006).

Faz-se um aparte para aqui expandir as reflexões sobre a afirmação de que o Executivo tenta contornar as comissões do Congresso. Tais comissões especiais são criadas para analisar os projetos de lei e sua composição é predominantemente de parlamentares vinculados aos programas e às diretrizes partidárias. Por essa razão, a análise dos projetos de lei por essas comissões não é isenta da parcialidade peculiar às dinâmicas do Congresso. Limongi (2006) chega a afirmar que as comissões são um dos mais eficientes instrumentos das minorias para deter a vontade da maioria. Dessa forma, é possível dizer que a tendência adotada pelo partido sobre votação baseada apenas em motivos políticos pode ser tanto ou mais considerada do que a consequência concreta que tal projeto possa ter no âmbito da realidade social (CIFALI, 2015; LIMONGI, 2006).

A única comissão que não pode ser evitada é a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), pois a ela é atribuída a competência de conferir os aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos,

emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas comissões, por isso se torna ponto estratégico na produção da legislação. Nesse momento, é decidida a maior parte das modificações da iniciativa legislativa original, pois o funcionamento informal e discreto das comissões, mesmo da CCJ, permite uma ampla abertura para negociações e transações políticas sem temor a controles rígidos de outras instâncias (RIPOLLÉS, 2005).

De fato, é nas comissões que a maioria dos textos finais das legislações é decidida, inclusive de legislações penais cujo tema deveria, pelo menos, instigar algum tipo de discussão. Além disso, nos raros casos que se consegue debater em plenário as pautas legislativas, pelo menos em nossa experiência, tais iniciativas são abruptamente interrompidas pelo anúncio de que já havia um acordo sobre a matéria e que as questões trazidas podem ser expostas, porém não estão abertas à modificação.

Segundo Albuquerque et al. (2006), o mecanismo da urgência tem se mostrado de suma importância para que os projetos do Executivo e do Legislativo sejam aprovados da forma mais célere possível. Interessante notar que os pedidos desse tipo oriundos do Executivo conseguem ter maior chance de sucesso. Seguem os autores afirmando que não é incomum encontrar projetos encaminhados pelo Executivo, cuja tramitação não está atrelada à excepcionalidade do regime de urgência, que passam pela Câmara mais rápido do que os propostos pelo próprio Legislativo.

Dessa maneira, pode-se perceber que o poder de agenda, entendido como a capacidade de interferência do Executivo sobre o processo legislativo, buscando determinar a condução dos trabalhos legislativos, utilizando, para isso, instrumentos de pressão para induzir os parlamentares à cooperação, ultrapassa os meios estritamente institucionais.

As razões desse apoio do Legislativo às pautas do Executivo podem ser explicadas pelo fenômeno da coalizão partidária, tida como modo de condução de governo em um regime democrático multipartidarista. Na prática, é a partir de instrumentos políticos que o Poder Executivo busca o controle da agenda do Poder Legislativo. Vários artifícios estão dentro dessa categoria de instrumento político, entre eles a distribuição de benefícios, recursos e pastas. Em contrapartida, o Executivo espera os votos de que necessita do Parlamento, sob pena de redistribuir os benefícios concedidos àqueles que não apoiarem a coalizão (ALBUQUERQUE et al., 2006).

Figueiredo e Limongi (2001) afirmam que a partir do momento em que é construída a coalização partidária, buscando a obtenção de apoio parlamentar e assegurando a formação de uma maioria, o Executivo inicia o processo de

distribuição das pastas ministeriais aos partidos dispostos a apoiá-lo no parlamento. Ao fim, o resultado de tais transações é o alto grau de aprovação dos projetos de lei apresentados pelo Executivo. É notório que, antes da propositura de seu projeto, o Executivo já começa a discutir o conteúdo da alteração legislativa com os líderes partidários, o que, aliado aos mecanismos de que dispõe (como as medidas de urgência), faz com que suas proposições sejam apreciadas de forma mais célere que os projetos oriundos do próprio poder Legislativo (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001).

É nesse ponto que se tem a noção de quanto poder legislativo o Executivo pode obter usando seus mecanismos institucionais e formando uma coalizão partidária sólida. Importante frisar, principalmente no que se refere à produção de leis penais, que, se por vezes a discussão pode se tornar um entrave ao progresso, o contrário também pode ser verdadeiro: a ausência de debate pode incorrer em açodamento do processo legislativo, incongruências normativas e, por fim, injustiças.

Deve-se ter em mente que legislações penais muitas vezes são influenciadas por questões emocionais sobrecarregadas de um caráter emergencial que parece ser impossível de ser sobrestado. Isso porque, como explica Diniz (2005), a agenda governamental não é algo fixo e predeterminado. Questões conjunturais, muitas vezes, podem forçar o Executivo a tomar iniciativas não previstas em sua agenda. Além disso, uma matéria considerada prioritária em um determinado momento poderá deixar de sê-lo em face de outras questões que possam surgir.

De qualquer forma, pode-se dizer que o apoio da coalizão nem sempre é pleno e homogêneo. Em determinadas matérias alguns parlamentares, inclusive líderes partidários, podem votar contra o governo. Porém, ainda que o líder do partido vote contra o Executivo, isso não significa que os demais parlamentares e partidos da coalizão sigam sua orientação (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001).

6. Construindo ferramentas de análise: analíticas e dinâmicas

A partir deste momento as ferramentas de análise para essa complexa via de interesses que é o processo legislativo brasileiro serão as protagonistas. Adotam-se duas propostas de análise: analítica e dinâmica.

6.1. As racionalidades do legislar

No espectro analítico, trabalhamos com Figueirido (2003), que busca um modo de conhecer o processo legislativo e encontra na contribuição de Atienza

Rodríguez (1989) lentes que podem ser usadas como ferramentas interpretativas do processo de criação de leis. Atienza Rodríguez (1989) trabalha com um conceito de racionalidade prática que se aproxima da racionalidade discursiva de Habermas.

Porém, destaca o autor (1989), que a teoria discursiva habermasiana não pode ser considerada como instância última de crítica do direito positivo, mas sim como modelo de justificação e reconstrução do direito.

As ferramentas para expor as condições para a produção de um discurso legislativo racional são introduzidas por Atienza Rodríguez (1989): os elementos de interação, os níveis de racionalidade e as ligações que ocorrem entre eles. Os elementos de interação são os editores (os autores das normas), os destinatários (aqueles para quem a norma é dirigida), o sistema legal (o conjunto normativo pelo qual a nova lei passa a participar), os fins (objetivos ou metas visados pelo estabelecimento de leis) e os valores (ideias que servem para justificar esses fins) (ATIENZA RODRÍGUEZ, 1989).

Os níveis de racionalidade que identifica são: racionalidade comunicativa ou linguística (R1), que significa que o emissor deve ser capaz de comunicar com fluência uma mensagem ao receptor; racionalidade jurídico-formal (R2), segundo a qual a nova lei deve ser inserida harmoniosamente no sistema legal; racionalidade pragmática (R3), que consiste na adequação da conduta dos destinatários aos preceitos da lei; racionalidade teleológica (R4), pela qual a lei teria de atingir os fins sociais perseguidos; e racionalidade ética (R5), em que a conduta prescrita e a finalidade das leis pressupõem valores que devem ser sujeitos à justificação ética (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA RODRÍGUEZ, 1989).

Segundo o autor, a análise interna dos resultados das interações promovidas pelas premissas postas não dá conta de compreender o fenômeno do processo legislativo. Somente por meio de uma análise externa é que esse objetivo pode ser almejado amplamente. A primeira nota sobre as relações de racionalidades e elementos do campo, ainda partindo do espectro interno, fica pela similaridade da R1 à R4 na racionalidade, como adequação meio-fim, instrumental. Por outro lado, a R5, a ética, seria um tipo distinto de racionalidade que não se preocuparia com quais meios são adequados para certos fins, mas sim que estes estejam eticamente justificados (ATIENZA RODRÍGUEZ, 1989).

Partindo de uma observação que procura mostrar as relações entre os vários níveis de racionalidade de forma normativa, alguns pontos são de necessário destaque: o primeiro está circunscrito à R1, racionalidade linguística, por se encontrar no nível mais básico – toda lei deve consistir em enunciados linguís-

ticos compreensíveis –, que subordina o sucesso das outras noções de racionalidades (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA RODRÍGUEZ, 1989).

Por outro lado, quando estamos diante de um fenômeno chamado legislação simbólica (leis criadas para não serem cumpridas ou para não produzir os efeitos que a elas se imputam), podemos ter casos de que R1 entre em conflito com R3, racionalidade pragmática, e/ou R4, racionalidade teleológica. Isso porque a lei pode ser intencionalmente obscura ou imprecisa, com o fim de alcançar o sucesso pragmático ou teleológico buscado. Algo similar ocorre com a R5, racionalidade ética, eis que uma lei pode ser racional em R1, e não em R5. O contrário também pode suceder quando os fins éticos da lei são almejados por meio da outorga de certo nível de discricionariedade ao órgão aplicador, recorrendo a fórmulas linguísticas imprecisas (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA RODRÍGUEZ, 1989).

Em sede de R2, racionalidade jurídico-formal, surgem relações mais complexas, por exemplo, R2 e R3, racionalidade pragmática – parecem ser bastante independentes. O grau de inserção formal da lei no sistema jurídico não aparenta ter correlação com a elevação ou não do seu cumprimento. Entre R2 e R4, racionalidade teleológica, as relações podem ser consideradas, inclusive, como de oposição. A contraposição luhmaniana entre racionalidade normativa e racionalidade das consequências surge também dentro da própria legislação. Desse modo, observa-se como no entendimento luhmaniano R2 se identificaria basicamente com a racionalidade da dogmática tradicional; no entanto, R4 estaria próxima da racionalidade que opera com o jurista "realista", que considera o direito como um meio de conseguir certos fins. A contraposição entre R2 e R4 pode ser apreendida das elaborações de leis que mais recentemente têm prescindido do jurista dito clássico e buscado outros especialistas para saber como suceder mais eficientemente no campo desejado. O que nem sempre funciona, pois comumente o aplicador é um jurista que, por sua vez, segue a tradição jurídico-formal, tornando-a, assim, um obstáculo para a racionalidade teleológica (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA RODRÍGUEZ, 1989).

Com relação à R3, racionalidade pragmática, esta apresenta claras implicações referentes à R4, racionalidade teleológica, porém uma não é continuidade da outra. Uma lei pode ser racionalmente pragmática, de modo que é cumprida integralmente, e não ser teleologicamente racional por não alcançar seus objetivos sociais, da mesma forma que uma lei pode produzir seus efeitos esperados, apesar do seu não cumprimento. Entre R3 ou R4 e R5, racionalidade ética, existe uma grande independência, pois o cumprimento da lei e/ou a realização dos fins sociais estabelecidos é uma questão que não está ligada à justificação ética (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA RODRÍGUEZ, 1989).

É nesse ponto que o autor acredita ter encontrado a diferenciação entre técnica e ética na legislação, pois não existe procedimento específico que sirva para garantir os fins (liberdade, igualdade e justiça) por meio das leis. O interessante da contribuição desse molde legislativo é pensá-lo como expressão de tipos ideais que nos servem de lente para compreender o cenário da produção legislativa (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA RODRÍGUEZ, 1989).

O tema trabalhado pelo autor é crucial no desenvolvimento e na interpretação do fenômeno legislativo. Para se ter uma ideia do quanto, usa-se o exemplo da Comissão de Constituição e Justiça, órgão central na produção das legislações penais. Muitas das decisões tomadas nessa instância são de caráter definitivo e determinam o texto legislativo final. Se o órgão conseguisse adequadamente avaliar os valores contidos nos projetos de lei, se de fato estão alinhados axiologicamente com a constituição (R5), com certeza os resultados legislativos seriam melhores. O mesmo pode ser dito sobre as possibilidades práticas de implementação do projeto de lei (R3) e se essa implementação não vai de encontro aos objetivos sociais que o projeto consagra (R4). Não é difícil perceber o quanto essa reflexão é necessária para a construção de um processo legislativo coerente com as regras e os valores constitucionais.

6.2. As fases e os atores do processo legislativo

Na análise de caráter dinâmico, por sua vez, tenta-se apreender o procedimento de fato de criação da legislação, e aqui a contribuição de Atienza Rodríguez (1989) compartilha com a obra de Ripollés (2005) as três fases da dinâmica legislativa. Ripollés localiza seu discurso chamando a atenção para a falta de atenção no processo de criação da lei penal: o âmbito da reflexão jurídico-penal de grande desenvolvimento no período codificador do século XIX está cada vez mais exíguo. A preocupação passa a ser exclusivamente com a garantia de uma aplicação racional das leis vigentes, deixando em segundo plano o processo reflexivo de criação da lei penal. Segundo Ripollés (2005), esse fenômeno é sintoma da via de acesso livre para a consolidação de uma legislação conjuntural e oportunista. No período das codificações no século XIX havia uma maior preocupação com a elaboração racional das leis, com o objetivo de assegurar uma interpretação baseada em categorias conceituais e formas de argumentação definidas (ATIENZA RODRÍGUEZ, 1989; RIPOLLÉS, 2005).

Ripollés (2005) e Atienza Rodríguez (1989) estavam atentos à crise que o fenômeno legislativo sofreu após esse período de codificações. Atienza Rodríguez refere, inclusive, como o Direito se questiona a partir de estar ou não ligado estreitamente à legislação estatal, e que a teoria sobre legislações pode-

ria enriquecer se abordasse as teses de pluralismo jurídico, que negam a identificação do direito com o direito estatal. Nessa mesma linha, Ripollés afirma que a legislação penal assume o papel de "código moral da sociedade", e seu protagonismo na progressiva judicialização de conflitos sociais ou sua utilização com fins meramente simbólicos são indicadores dessa tentativa do estado de retomar as rédeas da complexidade imposta por esse novo tecido social (ATIENZA RODRÍGUEZ, 1989; RIPOLLÉS, 2005).

Ripollés (2005) defende que deve haver um controle de legitimidade das decisões legislativas penais, o qual não deveria se limitar ao cumprimento das formalidades procedimentais previstas na Constituição, mas que pudesse atestar o respeito aos parâmetros de racionalidade exigidos ao longo de todo o processo de elaboração legislativa. O autor propõe um molde composto de dois planos sobrepostos. O primeiro, dinâmico ou operacional, deve ser capaz de descrever e analisar criticamente o concreto funcionamento do processo legislativo, e o segundo plano, prescritivo, estabelecendo os conteúdos de racionalidade ética que devem ser necessariamente levados em consideração em qualquer procedimento legislativo (RIPOLLÉS, 2005).

A visão dinâmica legislativa é dividida em três fases: (i) fase pré-legislativa: este primeiro momento se dá a partir da problematização social e conclusão de insuficiência da resposta normativo-jurídica aos conflitos que surgem na sociedade, e sua última etapa é a apresentação de um projeto de lei às casas legislativas; (ii) fase legislativa: após a entrega do projeto de lei para as casas, a recepção desse documento marca o início da fase, que inclui os debates, as emendas e votações inerentes ao projeto. Seu último momento é aprovação do texto final e publicação; (iii) fase pós-legislativa: a partir da publicação da norma, cabe à sociedade em geral, representada ou não por grupos de interesse, manifestar-se sobre a adequação do conteúdo normativo com a problematização de origem e a realidade social atual (RIPOLLÉS, 2005).

De acordo com a visão do autor, o processo de elaboração de uma lei penal é desencadeado a partir do êxito de um agente social em tornar crível a existência de uma disfunção da sociedade que, a seu ver, necessita de algum tipo de intervenção penal. O agente social, então, para poder ser bem-sucedido em sua empreitada legislativa, deverá fornecer dados, reais ou fictícios, que possibilitem uma discussão a respeito, bem como estar em condições de suscitar o debate sobre a disfunção em questão em âmbitos de proeminência na sociedade. Um dos pontos críticos para a ativação da máquina legislativa é a atuação dos agentes sociais, os quais são responsáveis pela trajetória que separa um problema social e a conclusão pela construção de nova resposta jurídico-normativa (RIPOLLÉS, 2005).

Os agentes sociais que podem iniciar o processo são os mais diversos: forças políticas, sociais ou econômicas institucionalizadas, como o governo, partidos políticos, sindicatos, associações corporativas ou profissionais etc. Há também os grupos sociais organizados não institucionalizados. O único requisito exigido é que sejam capazes de conferir credibilidade a suas apreciações. No que se refere à disfunção social, ela é posta como falta de relação entre determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta dada a ela pelo sistema jurídico. A disfunção social, por sua vez, pode ser real ou aparente, e os agentes sociais que ativam o processo legislativo podem estar conscientes ou não desse fator. Assim, podem fazer passar por real uma disfunção aparente (RIPOLLÉS, 2005).

Um exemplo de disfunção aparente que tem conduzido os debates políticos penais na atualidade são os debates sobre a redução da maioridade penal, muitas vezes promovidos com base no argumento de que crescem os números de atos infracionais graves praticados por adolescentes. Todavia, os dados disponíveis em diversas pesquisas dão conta de que o número de delitos praticados por adolescentes é ínfimo em comparação ao praticado por adultos. Os delitos perpetrados por adolescentes representam apenas 4% do total de delitos praticados por adultos. Da mesma forma, os atos infracionais considerados graves, como homicídios e estupros, também significam uma pequena parcela do total de atos praticados, cerca de 1%. Destaque-se que a maioria dos adolescentes é denunciada e internada pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Sem falar que os atos infracionais registrados têm demonstrado uma estabilização, e não um acréscimo como se dá a entender[1-2] (CIFALI, 2015).

A disfunção social deve ser capaz de impulsionar um processo legislativo. Para isso, a consideração da utilidade de sua discussão por setores sociais amplos e relevantes é fator extremamente importante. Esse propósito, na maioria das vezes, está ligado à resolução dos efeitos negativos conferidos à disfunção social, sendo essa utilidade imprescindível para a obtenção da credibilidade social. Todavia, isso não quer dizer que a utilidade atribuída pelos setores sociais é idêntica aos interesses buscados por aqueles que impulsionam o processo legislativo (CIFALI, 2015; RIPOLLÉS, 2005).

1. PIPA. Parecer técnico a respeito da justiça juvenil no Brasil contemporâneo. *IBCCRIM*. 2014. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/docs/parecer_pipa.pdf]. Acesso em: 31.01.2006.
2. FBSP. Anuário 2013. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013-corrigido.pdf]. Acesso em: 31.01.2006.

A obtenção de credibilidade é imprescindível para fazer uma disfunção social se propagar no debate coletivo. Essa disfunção deve ter características que captem a atenção da sociedade. É claro que há uma grande contribuição das habilidades do agente social que se empenhou para tal, porém as características ínsitas à disfunção podem influir na obtenção de credibilidade social. Assuntos sociais que possuem componentes de dramaticidade acabam tendo mais facilidade nesse ponto (RIPOLLÉS, 2005).

Após a disfunção ser incluída na agenda temática social, ela deve ser reconhecida por grande parte da sociedade. Duas características podem ser extraídas desse fenômeno: a estabilização cognitiva (a disfunção se torna resiliente perante a sociedade em geral) e o envolvimento emocional produzido pelo desajuste social. Algumas variáveis desempenham um importante papel no momento da consolidação dessa percepção social emocionalmente carregada. Uma característica que salta aos olhos é o medo do delito: é certo que as investigações sobre o tema estão focalizadas quase exclusivamente sobre os crimes que envolvam um contato direto entre agressor e vítima.

Essa categoria "medo do delito" tem suporte em basicamente quatro ideias: a) a preocupação a respeito dos níveis de delinquência; b) o medo de ser vítima de um delito; c) a estimativa do risco de ser vítima de um delito; e d) as modificações de conduta adotadas para não ser vitimado (CIFALI, 2015; RIPOLLÉS, 2005).

Para além dessa questão, o mal-estar provocado pela identificação de um desajuste social precisa concretizar-se por meio de um processo comunicativo de intercâmbio de opiniões, processo que irá reforçar a visibilidade social da disfunção social. Os meios de comunicação servem para prover essa visibilidade, tendo em vista a natureza seletiva das construções de pauta. Essa atitude pode originar, incidental ou intencionalmente, a percepção do aumento da criminalidade, reforçando a relevância do problema e trazendo consigo questionamentos sobre a necessidade de certas alterações legislativas no âmbito penal, e inclusive, muitas vezes, indicando o caminho do que deve ser esperado das ações legislativas para enfrentar o problema (CIFALI, 2015; RIPOLLÉS, 2005).

Desse modo, a etapa pré-legislativa é concluída quando uma insatisfação social em relação à ausência, à presença ou ao modo de intervenção penal estabiliza-se e é conhecida pela sociedade como um todo. A insatisfação é potencializada, carregada emocionalmente, quando essa carga se transforma em medo em relação ao delito. Frisa-se que a criação de normas penais impulsionadas por inseguranças e experiências da população não possui qualquer ilegitimidade e é, de fato, compreensível. O problema ocorre quando a regra é a criação de leis penais que prescindam de uma análise profunda das disfunções em jogo, da mesma forma quando inexiste qualquer estudo de impacto da intervenção legislativa no ponto a ser debatido (RIPOLLÉS, 2005).

O diagnóstico e a difusão de um desajuste social relevante são o início do desenvolvimento de um programa de ação, uma estratégia elaborada com a finalidade de oferecer propostas de resolução que têm por escopo superar a generalidade do período anterior. Em tese, esse novo período deve implicar um aprofundamento das questões e possíveis resoluções para ser possível conjecturar eventuais posições legislativas e/ou outras decisões sociais ou institucionais complementares ou alternativas (CIFALI, 2015; RIPOLLÉS, 2005).

O programa de ação social somente consegue sair da fase pré-legislativa para ser institucionalizado e adentrar as burocracias estatais quando adquire respeitabilidade social. Essa qualidade é garantida pelo fato de que os programas de ação são habitualmente formulados por grupos de pressão especializados. Esses grupos se apropriam do problema, pois possuem um conhecimento especializado e dispõem de meios materiais e humanos para aprofundar a análise e buscar maneiras para enfrentar as questões pertinentes ao desenvolvimento de programas de ação. Defendem interesses diversos, como ideológicos (grupos de pressão feministas, ambientalistas, de consumidores, pacifistas etc.) ou puramente científicos, reconduzíveis ao surgimento de um determinado paradigma científico-social (doutrina jurídica e criminológica ou científico-natural). Podem ser também interesses socioeconômicos, em razão do papel que desempenham tais grupos no processo de produção (sindicatos e associações empresariais) ou devido à salvaguarda ou ampliação de competências profissionais (associações judiciais, de funcionários penitenciários, de médicos forenses etc.) (CIFALI, 2015; RIPOLLÉS, 2005).

A doutrina sobre o tema não é pacífica no que tange à conceituação de grupos de pressão e grupos de interesse. De acordo com a pesquisa sobre a atividade do *lobby* no Brasil, coordenada por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, formam um grupo de interesse pessoas que compartilham as mesmas ideias e estão em busca de um objetivo comum. Todavia, esse grupo não necessariamente irá adotar uma ação estratégica para influenciar diretamente o poder público. Os grupos de interesse podem permanecer em um estado de inércia, sem exercer as prerrogativas de pressão política. Os grupos de pressão são aqueles que adotam uma postura direta de influência sobre as autoridades públicas. Desse modo, ambos são grupos organizados em prol de interesses comuns, diferindo apenas na forma de atuação[3] (MEYER-PFLUG, 2012).

3. PENSANDO O DIREITO. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wpcontent/uploads/2012/11/08Pensando_Direito.pdf]. Acesso em: 31.01.2006.

Os grupos de pressão, apesar de possuírem diversas formas de atuação, têm sua atividade adstrita à expectativa de enfrentar determinada disfunção social de acordo com as percepções e os interesses em pauta. Para tanto, desenvolvem ações que vão desde a coleta de informações sobre os mais variados aspectos da questão em voga até promoção de estudos que possam fornecer alternativas ao problema. Realizam propostas de intervenção ou abstenção legislativa, que podem ou não estar conectadas com medidas de caráter não legislativo. Inclusive, em alguns casos, elaboram-se análises sobre as consequências derivadas das propostas desenvolvidas. Os grupos de pressão e de interesse têm esse caráter de acompanhar o desenvolvimento legislativo desde a fase pré até a pós-legislativa (RIPOLLÉS, 2005).

No Congresso Nacional, muitos são os grupos que participam constantemente do processo legislativo, bem como instituições que figuram regularmente em reuniões das comissões especializadas, com a finalidade de acompanhar o trabalho do Legislativo e apresentar sugestões para a ação governamental. Os representantes das ONGs, em seu campo de atuação, apresentam proposições, identificam problemas não abordados pela imprensa e pelos parlamentares, sem perder o contato estreito e permanente com a rede de atores políticos que estão ou eventualmente poderão ficar identificados com a causa que defendem (RODRIGUES, 2000).

7. Alguns resultados de um esforço analítico, dinâmico e discursivo

A confluência desses elementos que aparentemente não se tocam e estão apartados hermeticamente – processo legislativo e construções teóricas contemporâneas sobre política criminal e a própria legislação – foi o desafio enfrentado a partir do processo legislativo das leis selecionadas e das suas justificações discursivas. Os resultados topicamente expostos estão a seguir e demonstram o estado da relação que o Brasil mantém com os seus apenados.

Uma primeira impressão partindo do todo analisado se refere à questão do tempo do processo legislativo. O interesse das casas legislativas é flexível. Uma tendência que pode ser notada é que os projetos que buscam o recrudescimento das garantias penitenciárias têm, no geral, prioridade, seja formal, seja informal, e isso porque tais normas, por vezes, possuem episódios sociais imediatos para responder (Lei dos Crimes Hediondos, o sequestro dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina, Lei do Regime Disciplinar Diferenciado, Fernandinho Beira-Mar e o assassinato dos juízes de execução), porém essa celeridade tende a comprovar a ideia da necessidade de um proveito eleitoral de tais medidas de restrição de garantias (LARRAURI, 2007).

Outra questão é a progressiva desconstrução da cooperação entre os poderes. A partir dos anos 2000, as relações entre Legislativo e Executivo se tornaram mais frágeis. O poder de agenda e de coalizão do Executivo foi diminuído consideravelmente, e o aumento do uso do poder de veto é um indicativo dessa situação. Nesse mesmo sentido, a relação entre Senado e Câmara também demonstrou debilidade recentemente.

Ainda, é devido o destaque às Comissões de Constituição e Justiça, seja da Câmara, seja do Senado, pois são de fato onde é decidida a maior parte das modificações da iniciativa legislativa original. A posição de protagonista no processo legislativo é da Comissão de Constituição e Justiça, as discussões em plenário são a exceção. O funcionamento discreto da CCJ permite uma ampla abertura para negociações e transações políticas sem temor a controles rígidos de outras instâncias (RIPOLLÉS, 2005). Porém, quando os debates acontecem, a verborragia de alguns dos congressistas se sobressai pela valoração negativa que o apenado recebe[4].

Um último apontamento sobre a dinâmica do processo legislativo que deve ser feito está no aumento do interesse do Legislativo para com a matéria penitenciária. Dos anos 1990 para os anos 2000, o número de legislações quase dobrou, e na década atual – na metade –, já estamos em sete legislações eminentemente penitenciárias.

Sobre a comunicação clara e fluente da mensagem normativa, por estar no nível mais básico das racionalidades, no geral não foi um problema para o processo legislativo. A maioria dos projetos, quando revisados, principalmente por outra casa legislativa, teve sua redação verificada e, por vezes, alterada para não prejudicar as demais instâncias de racionalidade. Um projeto encaminhado à sanção sem a devida revisão ao texto foi o da Lei 13.163/15. Durante o processo legislativo não houve questões sobre a clareza e fluência da mensagem legislativa, porém somente com o veto presidencial foi sanada uma redundância que poderia atrapalhar a sistematicidade da norma discursiva. O indício de ausência de diálogo no próprio Congresso fica explicitado nesse exemplo.

Pragmatismo e sistematicidade nas legislações analisadas nem sempre andaram juntos, e parecem ser potencialmente bastante independentes – o que confirma a posição de Figueirido (2003) e Atienza Rodríguez (1989), na qual

4. O conjunto de nomenclaturas e construções ao entorno do sujeito criminal demonstra a criação de um monstro anormal cujo sacrifício não é desconsiderado dentro da lógica de "deixar morrer" (FOUCAULT, 1999; 2001).

o grau de inserção formal da lei no sistema jurídico não parece ter correlação com a elevação, ou não, do seu cumprimento.

É certo que, em relação ao cumprimento das legislações penitenciárias, raramente o sujeito tem a possibilidade de arbitrar suas ações. O que acontece, de fato, é um movimento legislativo para criar/garantir direitos, e outro que busca cingir direitos e garantias dos apenados. Mesmo assim, nesse espectro de possibilidade, é possível encontrar disparidades entre as racionalidades. Principalmente de aversão à sistematicidade e apego ao pragmatismo. A Lei dos Crimes Hediondos foi a primeira a inaugurar esse modo de legislar, pois, sob a escusa de que a Constituição fornece a categoria "crimes hediondos" para regulamentação, desconsidera a Lei de Execução Penal e contraria as garantias nela consagradas. Porém, de forma pragmática, a Lei dos Crimes Hediondos discorre sobre uma urgência e tenta ser o mais efetiva possível na anulação desta. Só inaugura esse pragmatismo discursivo no recrudescimento das garantias dos apenados, e outros diplomas seguem a lógica (Lei do Regime Disciplinar Diferenciado, Lei do Monitoramento Eletrônico e Lei do Banco de DNA de Condenados).

Um exemplo que vai na contramão dessas leis é a Lei 13.167/15. Busca a divisão dos encarcerados nos estabelecimentos penitenciários. De fato, é inserida harmoniosamente no sistema legal, porém tem grandes chances de não ser efetiva, pois a conduta dos destinatários não encontra adequação às regras contidas na norma. A divisão dos encarcerados já existia no sistema legal somente em razão de processados e condenados e nunca foi exercida plenamente. Por isso, apesar de se encontrar sistematicamente em harmonia com o sistema, a norma, que é nova, tem chances de cair em desuso.

Uma oportunidade para reflexão é questionar como um mesmo sistema legal consegue abarcar normas que se opõem diametralmente? O segredo está na base. Embasando a justificação da Lei de Execução Penal, e muito antes dela, como foi visto, está a Defesa Social (PEDROSO, 1997; PRANDO, 2012).

A Defesa Social como valor instrumental está expressamente exposta na justificação da Lei de Execução Penal – um conceito que tem origens no liberalismo penal e perpassa o positivismo criminológico. Muito mais do que isso, na verdade, a Defesa Social é o germe que propicia a ascensão do positivismo na seara penal (ZAFFARONI, 1993).

A maleabilidade do valor *Defesa Social* permite que ele se perpetue, pois está fundado num sentimento básico de oposição (ZAFFARONI, 2011). Tal valor está nos fins e na fonte das legislações de recrudescimento penitenciário. Como sua constituição é ambígua, consegue convocar o dito consenso que

prescinde do debate. De qualquer forma, a produção legislativa penitenciária não é resumida a extirpar direitos e garantias dos apenados. A Constituição, apesar de permeável aos valores da Defesa Social, elenca um rol de preceitos que buscam liberdade, igualdade, justiça social etc. Tais valores são fins programáticos e justificação axiológica de muitas das leis analisadas, como pôde ser visto. É nesse contexto analítico das normas penitenciárias que caracterizamos essa tendência ambígua na produção das leis.

Assim como Campos (2010) e Souza (2014), sugere-se um panorama especificamente adstrito às legislações penitenciárias analisadas. Antes de entrarmos nos caminhos que as legislações têm tomado contemporaneamente, é necessário destacar o papel da influência histórica dos discursos e das práticas produzidos sobre o cárcere no Brasil.

A ausência histórica de quebra institucional no poder promove um espaço propício a mudanças discursivas e práticas que se perpetuam (ZALUAR, 2007; ADORNO, 1996; PEDROSO, 1997). Os discursos sobre o cárcere historicamente se mostram num carrossel de alternâncias entre prédicas humanizantes e higienistas (PEDROSO, 1997; PRANDO, 2012).

A análise proposta procurava aliar um olhar ao processo legislativo com os discursos ínsitos às normas. Importante frisar que as reflexões produzidas por meio dos discursos dos projetos de lei, estas são orientadas por princípios de formação de discursiva, pois somos da posição de que a pertinência da construção do discurso está diretamente relacionada ao recorte proposto aos elementos nela contidos (FOUCAULT, 2008). Foi encontrado um emaranhado de normas ambíguas e contraditórias em um mesmo sistema. Para entender a lógica desse modo brasileiro de se fazer política carcerária, um ponto de partida deveria ser definido, e este foi a Lei de Execução Penal.

A norma oriunda do período de abertura política é sintoma do momento histórico contemporâneo. É possível perceber que é impingida pelas sobredeterminações históricas do cárcere e, não bastasse isso, as reproduz. Os discursos humanizantes estão presentes tendo como suporte a igualde e a justiça, porém os discursos subjetivistas ali estão também, suportados expressamente pela Defesa Social. "Fiel aos objetivos assinados ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, aos interesses da Defesa Social" (BRASIL, 1983)[5].

5. BRASIL. *Exposição de motivos n. 213, de 9 de maio de 1983* [Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984]. 1983. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/

A introdução dessa abertura à herança histórica de discursos de higiene social no diploma legislativo que marca um passo para a democracia é algo que não pode ser tratado meramente como curiosidade, pois se mostra como sintoma do período democrático que estava por vir. É verdade que a Constituição não consagra a Defesa Social expressamente, porém seu conteúdo legislativo foi permeável e deixou aberturas para atualização desses discursos. Nesse contexto, em que sobredeterminações históricas permeiam continuamente a produção do discurso sobre o cárcere e novos elementos oriundos dos processos de globalização são introduzidos no processo legislativo, é que reside a análise desta pesquisa.

Consolidada a posição da Lei de Execução Penal (conjuntamente com a lei que institui a reforma do Código Penal) como matriz didática e discursiva das legislações em matéria penitenciária, percebe-se que a partir dela são encontrados dois grandes grupos de legislações em execução penal: o primeiro possui a matriz predominante na Defesa Social, buscando a polarização entre a maioria não desviante contra a minoria desviante (Lei 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos; Lei 10.792/03, que institui o regime disciplinar diferenciado (RDD) e dá outras providências; Lei 11.466/07, que prevê a falta disciplinar grave no caso de posse de telefone celular; Lei 12.258/10, que prevê o rastreamento eletrônico; Lei 12.654/12, que prevê a coleta compulsória de perfil genético; Lei 13.167/15, que busca estabelecer critérios para a separação de presos nos estabelecimentos penais). O predominante é frisado, pois existem casos em que as ambiguidades chegam a integrar o conteúdo de uma das normas. Um exemplo disso é a Lei do RDD, que institui o regime prisional de exceção e, ao mesmo tempo, retira da progressão de regime a necessidade do exame criminológico.

Outro grande grupo de legislações está alinhado com os valores de igualdade e justiça social consagrados na Constituição Federal (Lei 9.046/95, que busca que os estabelecimentos penais destinados a mulheres mantenham berçário; Lei 9.460/97, que garante às pessoas com mais de sessenta anos o recolhimento em estabelecimento penal próprio e adequado à sua condição pessoal; Lei 10.713/03, que dispõe sobre a emissão anual de atestado de pena a cumprir; Lei 11.942/09, que assegura às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência; Lei 12.121/09, que determina que os estabelecimentos penais destinados às mulheres tenham por efetivo de segurança interna

lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html]. Acesso em: 01.01.2017.

somente agentes do sexo feminino; Lei 12.245/10, que autoriza a instalação de salas de aulas nos presídios; Lei 12.313/10, que prevê a assistência jurídica ao encarcerado dentro do presídio e atribui competência à defensoria pública; Lei 12.433/11, que dispõe sobre a remissão de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho; Lei 13.163/15, que busca instituir o ensino médio nas penitenciárias).

No primeiro grupo de legislações podemos encontrar duas tendências legislativas, as quais têm em comum os conceitos de "criminologia do outro", que idealiza o criminoso como um ser ameaçador (GARLAND, 2008), e do estranhamento conservador, que está baseado na demonização, projetando valores negativos aos encarcerados (YOUNG, 2007). Podem ser também inscritas no geral projeto político de populismo punitivo (LARRAURI, 2007).

Apenas duas leis dentro desse grupo não tiveram grande apelo da "opinião pública" em comparação com as outras (Leis 13.167/15 e Lei 11.466/07). As duas tendências a que referimos estão no diferencial do objetivo da punição. Enquanto uma se alinha num discurso de retribuição e incapacitação via cárcere, a outra indica a emersão de uma política de gerenciamento de riscos, quase atuarial.

No segundo grande grupo de legislações caracterizamos seu alinhamento a uma "criminologia do eu", que faz do criminoso um consumidor racional, como qualquer cidadão (GARLAND, 2008). As produções legislativas de incentivo à educação, especialmente, se ligam ao estranhamento liberal, pois creem que os encarcerados não possuem os mesmos valores que os seus iguais. Nesse modelo, o Estado seria o intermediador que conduziria os encarcerados a buscarem esses valores ausentes (YOUNG, 2007). No geral, as legislações desse grupo estão intentando uma intervenção regulatória que assuma o desenvolvimento dos programas de proteção e promoção de valores e fins sociais. A expressiva vontade de normatização da educação para os apenados e da questão de gênero demonstra essa ambição pela regulação dos apenados, e não pela pura vingança (CALVO GARCÍA, 1998; 2012).

8. Considerações finais

Em suma, dado o contexto social complexo de ambíguas sobredeterminações históricas e contemporâneas (MATTHEWS, 2013), as tendências para produção legislativa carcerária brasileira se dividem em recrudescimento penal (seja pelo incremento do cárcere, seja pelo gerenciamento de riscos) e intervenção legislativa para a proteção e promoção de valores e fins sociais.

A proposta deste artigo foi ilustrar a trajetória de construção de ferramentas para análise de um corpo legislativo. Desde os elementos históricos com as utopias carcerárias que pautavam os desejos dos governantes de um Brasil ainda colônia, perpassando a procura pela modernidade e a assunção até certo ponto acrítica de debates sobre escolas do pensamento criminológico e culminando em uma Constituição resultado/síntese de uma continuidade prática e de um acordo teórico por assim dizer. O debate sobre as teorias contemporâneas que tratam da punição foi imprescindível no sentido de posicionar (nem que seja ambiguamente) as legislações penitenciárias brasileiras.

A esquematização do campo, dos locais de produção da legislação, da influência que o Executivo pode exercer também é característica necessária para que, quando fosse o momento de se perguntar sobre que racionalidades a legislação deve possuir e quando e como ela pode ser alterada, o pesquisador não estivesse incauto sobre as idiossincrasias do campo. O olhar analítico deve estar sempre aliado ao dinâmico, sem qualquer possibilidade de prescindir um ou outro sob pena de incorrer em má compreensão do fenômeno legislativo.

A esfera discursiva, no presente ensaio, permaneceu residual em seu processo de construção, isso não quer dizer que ela seja menos importante. Apenas se refere à preferência de abordar a construção das demais ferramentas de análise que menos são encontradas no campo de estudo.

Nesse intento foi possível notar o quanto o cárcere no Brasil se perfectibiliza na condensação de uma ampla rede de relações sociais e significações culturais (CHIES, 2013). As ambiguidades e contradições coexistem, os entendimentos sobre o cárcere são diversos, porém é necessário destacar o vínculo histórico que ele mantém com a sociedade brasileira. Os discursos sobre a prisão mudaram, mas as práticas têm uma continuidade. Não é à toa que a falência do sistema penitenciário já se tornou lugar comum nos discursos dos parlamentares do Congresso Nacional. O discurso da Defesa Social se mostra como um instrumento de manutenção desse vínculo, porém sua erradicação deve ser efetiva nas práticas e, para isso, é necessário um redimensionamento da gestão política das punições.

9. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança*: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea. 1996. Tese (Livre-docência em Ciências Humanas) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

ALBUQUERQUE, Ana Cristina Braga; RIBEIRO, Juscelino Luiz; CHAVEZ, Wallace Oliveira. *O poder de agenda do Poder Executivo no processo legislativo*: uma abordagem à luz do devido processo legislativo. 2006. Monografia (Especialização em Poder Legislativo) – Escola do Legislativo, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: [http://dspace.almg.gov.br/xmlui/handle/11037/6892]. Acesso em: 20.11.2015.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; DIAS, Camila Nunes. Das comissões de solidariedade ao Primeiro Comando da Capital em São Paulo. *Tempo Social*: Revista de Sociologia da USP, v. 25, n. 1, 2013.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. *Tempo social* [*on-line*], v.18, n. 1, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa*, n. 6, 1989.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 39-48, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*: introducción a la sociología jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*. 2016. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp]. Acesso em: 31.01.2006.

BRASIL. Exposição de motivos n. 213, de 9 de maio de 1983 [Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984]. 1983. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos--149285-pl.html]. Acesso em: 01.01.2017.

BRASIL. *Lei n. 13.167, de 6 de outubro de 2015*. 2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13167.htm]. Acesso em: 31.01.06.

CALVO GARCÍA, Manuel. Paradojas regulativas: las contradicciones del derecho en el estado intervencionista. In: JOSÉ AÑON, Maria et al. (Org.). *Derecho y Sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

CALVO GARCÍA, Manuel. Transformaciones jurídicas y teoría del derecho. *Anuario de Filosofia del Derecho*, Madrid, XXVIII, p. 33-53, 2012.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional no Brasil pós-1988*: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito penal*. Campinas: LZN Editora, 2002. v. I.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 4, n. 1, p.7-26, jan.-dez. 2005.

CHIES, Luiz Antonio. A questão penitenciária. *Tempo Social*: Revista de Sociologia da USP, v. 25, n. 1, p. 15-36, 2013.

CIFALI, Ana Claudia. *A política criminal brasileira no Governo Lula (2003-2010)*: diretrizes, reformas legais e impacto carcerário. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FBSP. Anuário 2013. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013-corrigido.pdf]. Acesso em: 31.01.2006.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*: o criminoso e o crime. São Paulo: Saraiva, 1931.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2001.

FIGUEIRIDO, José Luis Domínguez. Sociología jurídico-penal y actividad legislativa. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

FISCHER, Rosa Maria Bueno. Foucault e a análise de discurso em educação. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 114, p. 197-223, nov. 2001.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso dado no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso dado no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

GARLAND, David. *A cultura do controle:* crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARLAND, David. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. Trad. Bento Prado de Almeida Neto. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 13, p. 58-80, nov. 1999.

GARLAND, David. *Punishment and modern society*: a study in social theory. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

HABER, Carolina Dzimidas. *A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-24042012-114628/pt-br.php]. Acesso em: 20.10.2015.

JESUS FILHO, José de. *Vigilância eletrônica, gestão de riscos e política criminal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI, 1991. XX.

LARRAURI, Elena. Populismo punitivo... y como resistirlo. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 25, abr.-jun. 2007.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 76, p. 17-41, nov. 2006.

MATTHEWS, Roger. *O mito da punitividade*. London Southbank University, 2013. Disponível em: [http://pt.scribd.com/doc/126574765/Matthews-Roger-O-Mito-Da-Punitividade]. Acesso em: 29.10.2015.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord.). Grupos de interesse (*lobby*). *Projeto Pensando o Direito*, Brasília, n. 8, 2009. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/08Pensando_Direito1.pdf]. Acesso em: 10.08.2015.

MISSE, Michel. Crime e pobreza: velhos enfoques, novos problemas. In: Semanário Brasil em Perspectiva: Os anos 90, 1993, Rio de Janeiro. *Anais*... Rio de Janeiro: UFRJ, 1993.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". *Lua Nova*, São Paulo, n. 79, p. 15-38, 2010.

NEDER. Gizlene. Ideias jurídicas, religião e punição: rigor e tolerância. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 23., 2005. *Anais*... Londrina: ANPUH, 2005.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 51, p. 37-61, jul. 1998. Disponível em: [www.novosestudos.com.br/v1/files/uploads/contents/85/20080627_poliarquias_e_a_inefetividade.pdf]. Acesso em: 15.07.2015.

PEDROSO, Regina Célia. Utopias penitenciárias projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. *Revista de História FFLCH-USP*, n. 136, p. 121-137, 1997.

PENSANDO O DIREITO. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wpcontent/uploads/2012/11/08Pensando_Direito.pdf]. Acesso em: 31.01.2006.

PIPA. Parecer técnico a respeito da justiça juvenil no Brasil contemporâneo. *IBCCRIM*. 2014. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/docs/parecer_pipa.pdf]. Acesso em: 31.01.2006.

PIRES, Álvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 64-95, jan.-jun. 1999.

PIRES, Álvaro Penna. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 68, p. 29-60, mar. 2005.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *O saber dos juristas e o controle penal*: o debate doutrinário na *Revista de Direito Penal* (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais:* teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. *Desenvolvimento nas ações políticas da sociedade civil dentro e fora do Congresso Nacional*. 2000. Disponível em: [www2.camara.leg.br/documentos-epesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/006223.pdf]. Acesso em: 10.10.2015.

SANTOS, James William; RAMOS, Marcelo Buttelli. Institucionalização da exceção: a Lei dos Crimes Hediondos como paradigma de uma nova linguagem político-criminal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, FRANÇA, Leandro Ayres; RIGON, Bruno Silveira (Org.) *Biopolíticas*: estudos sobre política, governamentalidade e violência. Curitiba: iEA Academia, 2015.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime*: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles. *"Punir menos, punir melhor"*: discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

SOZZO, Máximo. *Los retos de la izquierda en las políticas públicas de seguridad ciudadana*. Venezuela: Universidad Nacional Experimental de la Seguridad (UNES), 2012.

SOZZO, Máximo. Populismo punitivo, proyecto normalizador y "prisióndepósito" en Argentina. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 33-65 jul.-dez. 2009.

YOUNG, Jock. *The vertigo of late modernity*. Londres: Sage, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita de diritto penale liberale o la "croce rossa" giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le ragioni del garantismo*: discutiendo com Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal brasileiro I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, n. 61, p. 31-49, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- 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);
- O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil, de Carolina Costa Ferreira – *RBCCrim* 129/137-180 (DTR\2017\380); e
- Poder judiciário: segurança pública e administração penitenciária, de Cristiane Farias Rodrigues dos Santos – *RBCCrim* 131/403-445 (DTR\2017\915).

As sufragistas, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal

Suffragettes, *the criminal law and the women: docile, submissive and modest – The language of criminal law*

Andressa Paula de Andrade

Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).
aandressaandrade@hotmail.com

Luiz Fernando Kazmierczak

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal no Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO), onde exerce a função de Coordenador Adjunto do Curso de Direito. Professor Adjunto (Graduação e Pós-Graduação) do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
lfkaz@uenp.edu.br

Recebido em: 01.05.2017
Aprovado em: 31.07.2017
Última versão dos autores: 15.08.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo, a partir da película *As sufragistas*, busca observar a mulher dentro do Direito Penal, analisando-se aspectos das codificações penais pretéritas como a sua proteção e qual ou quais mulheres eram protegidas. Na sequência, busca-se compreender se o sistema punitivo é o local adequado de emancipação da mulher.

Palavras-chave: *As sufragistas* – Machismo – Violência de gênero – Feminicídio – Lei 11.340/2006.

Abstract: This article, based on the film *Suffragettes*, seeks to observe women within the Criminal Law, analyzing aspects of past criminal codifications such as their protection and which women were protected. In sequence, it is tried to understand if the punitive system is the appropriate place of emancipation of the woman.

Keywords: *Suffragette* – Male chauvinist – Gender violence – Feminicide – Law 11.340/2006.

Andrade, Andressa Paula de; Kazmierczak, Luiz Fernando. *As sufragistas*, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 187-211. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contextualização cinematográfica: elas quebraram as vidraças e o sistema penal segue vitimando as mulheres com os estilhaços. 3. Números e o cenário jurídico da violência de gênero no Brasil: *mi cuerpo no es su cuerpo* e a conta que chega para o direito penal. 3.1. Sobre as mordaças do sistema punitivo: a ordem é calar, mas ainda há muitas vidraças para serem quebradas. 4. A mulher, o direito penal e sua linguagem: *res* a sujeito. 4.1. Breve escorço: a mulher nas codificações penais. 4.2. A famigerada "legítima defesa da honra" no crime passional. 4.3. Lei 11.340/2006: o reconhecimento da violência de gênero, interpretações e mecanismos de mitigação de erradicação da mesma. 4.3.1. Maria da Penha, história, omissão e a Lei 11.340/2006. 4.3.2. Principais inovações da Lei 11.340/2006. 5. Aportes sobre o feminicídio. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Emancipação feminina, violência de gênero e sanção penal: há correlação entre esses elementos? Quiçá. O trabalho desenvolvido a seguir busca analisar de maneira crítica o comportamento do Direito Penal em relação às demandas das mulheres.

Sem embargo, faz-se uma exposição da obra cinematográfica *As sufragistas*, contextualizando a emancipação feminina. Na sequência, há que se perquirir se a luta pela igualdade de gênero deve adentrar a Dogmática Penal em sua via punitiva.

Ademais, faz-se uma exposição de como a linguagem do sistema penal (especialmente as codificações pretéritas) reproduz o estereótipo do gênero feminino como sendo aquele que congrega recato, docilidade e submissão. Soma-se a isso que nem todas as mulheres possuíam a mesma "proteção" dentro das leis penais incriminadoras. O que divisava uma maior ou menor sanção era a "honestidade" da mulher.

Finalmente, analisa-se a criminalização do feminicídio para compreender que uma vez mais o círculo vicioso se fez presente, a saber, baseado no binário homem/mulher, a norma penal dita quem deve estar sob o manto de proteção no tipo penal.

2. Contextualização cinematográfica: elas quebraram as vidraças e o sistema penal segue vitimando as mulheres com os estilhaços

As sufragistas (*Suffragette*, 2015) é um longa-metragem britânico do gênero drama, sob a direção de Sarah Gavron, que possui em seu elenco atrizes como Carey Mulligan (*Educação*; *Shame*; *O Grande Gatsby* etc.), Helena Bonham Carter (*Clube da Luta*; *O discurso do rei*; *Os miseráveis* etc.), Meryl Streep (*A escolha de Sofia; As pontes de Madison*; *A dama de ferro* etc.) e outras. Trata-se

Andrade, Andressa Paula de; Kazmierczak, Luiz Fernando. *As sufragistas*, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 187-211. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

de um filme que coloca a mulher no centro de toda a obra, desde a direção, roteiro, elenco e, claro, o enredo em si.

Ambientado no século XX, após protestos pacíficos na Inglaterra, mas que não surtiram efeitos, Emmeline Pankhurst (interpretada por Meryl Streep) lidera o movimento sufragista que adota uma postura mais enérgica, convocando uma desobediência civil, perpetrando atos como: quebra de vidraças de lojas e de residências de políticos; explosões em caixas de correio; panfletagem; discursos ao público, entre outros, para que a demanda pelo direito ao voto feminino sensibilizasse a sociedade e a discussão chegasse até o parlamento inglês. O resultado da desobediência civil foi o aprisionamento de integrantes do movimento por diversas vezes.

O clímax do filme é atingido quando as sufragistas Emily Wilding Davison e Maud Watts se dirigem até um *jockey club* onde o rei George V estava presente para que elas levantassem a bandeira do movimento perante as câmeras do mundo todo. O plano inicial não funciona e Emily avoca para si o papel de mártir, dizendo a Maud "Never surrender, never give up the fight" e logo em seguida entra na pista do hipódromo, momento em que o rei e seu cavalo colidem com ela, resultando em sua morte quatro dias após os fatos.

Além do movimento importante que a película aborda, a trama chama a atenção para os diálogos. A abertura já traz a seguinte frase: "As mulheres não possuem o temperamento calmo nem equilíbrio mental para decidir sobre questões políticas". Aqui se identifica o ponto forte do filme, eis que em uma leitura diacrônica, as reminiscências do sistema punitivo e controlador continuam (social e penal) – em menor escala – a vitimar mulheres. Outra frase interessante se dá quando o Inspetor Arthur Seed (interpretado por Brendan Gleeson), ao analisar as articuladoras do movimento e ao se deparar com Edith Elyn (interpretada por Helena Bonham Carter), declara: "Ela foi educada, não tem escrúpulos. Isso a torna particularmente perigosa". Como o ensino era restrito quase em sua totalidade aos homens, aquela que possuísse educação seria uma verdadeira dissidente e uma provocadora ao paradigma imposto da época.

Uma cena verdadeiramente importante e simbólica é o momento em que o parlamento inglês convoca as mulheres para serem ouvidas sobre suas condições de trabalho (uma jornada maior que a dos homens e por um salário menor), a violência diária, educação, enfim, sobre o cotidiano feminino. Quando Maud Watts entra no local, todas as cadeiras do recinto político estão ocupadas por homens e ela está ao centro. A cena se fecha com as palavras do parlamentar: "A maior eloquência é a que faz as coisas acontecerem".

Andrade, Andressa Paula de; Kazmierczak, Luiz Fernando. *As sufragistas*, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 187-211. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

Para uma leitura diacrônica e tendo como pano de fundo a obra cinematográfica, enunciaremos sinteticamente alguns pontos de tensão entre as demandas feministas e o sistema punitivo, tanto do aspecto protetivo quanto do aspecto de criminalização.

3. NÚMEROS E O CENÁRIO JURÍDICO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL: *MI CUERPO NO ES SU CUERPO* E A CONTA QUE CHEGA PARA O DIREITO PENAL

Apesar de a edição da Lei 11.340/2006 ser um marco em termos de discriminação positiva ao reconhecer a violência contra a mulher e criar mecanismos de combate e erradicação da situação, é notório que delitos perpetrados contra o gênero feminino convocam a uma reflexão mais detida.

Com a edição da Lei 13.104/2015, o *feminicídio*[1] ganhou espaço no Código Penal nacional. O termo é altamente icônico, um vez que não se trata de *femicídio,* uma sinonímia de *homicídio* (não se trata apenas de ser mulher), mas *feminicídio*[2], o que traz uma carga simbólica para o delito em questão, cujo sujeito

1. "O conceito mostrou-se vigoroso e sua potência depende do marco analítico que o movimenta. Por que o tipo penal genérico não seria suficiente para descrever e tutelar as mulheres vítimas de violência? Porque não basta descrever a morte de mulheres, é preciso nomear o marco político da matança – não é um marco neutro sexualmente, ao contrário. O patriarcado é o poder de subalternização das mulheres a diferentes regimes de governo da vida, e o gênero é um deles. Ao nomear a sexagem da vítima e do agressor e as precarizações de corpos sexados como femininos, denuncia-se o patriarcado como poder. Gênero é um regime de governo da vida abrangente e opressor, e ainda mais grave: é sempre violento. O patriarcado tem no gênero um regime político e, na matança de mulheres, um dos indícios do horror. Assim, nomeia-se para resistir ao marco, mas também para denunciar a brutalidade da violência" (cf. DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 23, n. 114, maio-jun. 2015, p. 227-228).

2. A organização mundial da saúde possui uma definição precisa do que seria feminicídio: "Femicide is generally understood to involve intentional murder of women because they are women, but broader definitions include any killings of women or girls. This information sheet focuses on the narrower definition commonly used in policies, laws and research: intentional murder of women. Femicide is usually perpetrated by men, but sometimes female family members may be involved. Femicide differs from male homicide in specific ways. For example, most cases of femicide are committed by partners or ex-partners, and involve ongoing abuse in the home, threats or intimidation, sexual violence or situations where women have less power

passivo será a mulher em virtude da sua *condição de sexo feminino,* em clara alusão à misoginia. A demanda se fez verbo, resta saber se se mostra eloquente.

Dados apontam que entre 2003 e 2013, o número de mulheres mortas em condições violentas passou de 3.937 para 4.762 (esse número somente em 2013), conforme dados do Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil. Isso é o equivalente a 4,8 feminicídios para cada 100 mil habitantes em solo nacional. Isso coloca o Brasil em 5º lugar no *ranking* mundial, ficando atrás apenas de El Salvador (1º), Colômbia (2º), Guatemala (3º) e Rússia (4º)[3].

A despeito da discussão se o Direito Penal é instrumento legítimo no combate à violência de gênero, se a inserção do feminicídio possui aptidão para a prevenção geral e a dissuasão no cometimento de delitos dessa natureza, o que se revela cristalino é que as demandas femininas – notadamente em termos de *violência* – passaram a permear as preocupações jurídicas que outrora eram simplesmente ignoradas e invisíveis. Esse é o resultado das normas referidas: *identificar que há uma violência institucionalizada* e que não deve ser rechaçada e/ou tolerada juridicamente (cujo objeto de favoritismo é a via do Direito Penal).

No entanto, mesmo com leis de estofo como a Lei 11.340/2006, o acesso às instâncias oficiais de poder para a solução de litígios envolvendo violência de gênero se mostra obstaculizada pela precariedade dos serviços, ausência de organização de núcleos de Defensorias Públicas especializadas, de Juizados de Violência Doméstica e Familiar, dificuldades de cumprimento de medidas protetivas deferidas, em suma, uma verdadeira dificuldade de *acesso à justiça* no caso concreto[4]. Porém, o maior óbice se encontra com a própria (re)produção da sistema social (violento e sexista) pelo sistema penal, este como prolongamento daquele. Problemas esses que não são de competência das ciências criminais, mas muito antes de políticas públicas que viabilizam as *garantias (instrumento)* para que os *direitos femininos* sejam protegidos.

---

or fewer resources than their partner". Disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77421/1/WHO_RHR_12.38_eng.pdf]. Acesso em: 09.02.2016.

3. WAISELFIZ, J. J.; CEBELA/FLACSO. Mapa da Violência 2015 – Homicídio de mulheres no Brasil. 2015. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, ONU Mulheres, Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde, 2015, p. 28. Disponível em: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf]. Acesso em: 25.04.2017.
4. Vide o trabalho empírico realizado pelo programa Pensando o Direito: BRANDÃO, Cristiane (Coord.). *Violência contra a mulher e práticas institucionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Série Pensando o Direito n. 52.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a edição da Súmula542, cujo enunciado assim está ementado: "a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada". A finalidade é afastar a condicionalidade da Ação Penal, a Lei 9.099/1995 e seus institutos despenalizadores (art. 41 da Lei 11.340/2006). Essa decisão está em consonância com a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424/DF, Rel. Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal. Sem embargo, dessa decisão eclodem duas situações que merecem uma reflexão: a) a ideia central de tornar a ação penal relativa ao crime de lesão corporal oriunda de violência doméstica em *pública incondicionada* é evitar que a mulher que está inserta no ambiente de violência sistêmica recue diante da violência sistêmica e se sinta coagida, acabando por se manifestar posteriormente pelo não prosseguimento do inquérito ou processo; b) uma situação completamente distinta é que tornar a ação penal pública incondicionada retira o poder de decisão da mulher. Bem, se se busca outorgar maior autonomia e liberdade feminina, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça olvidou esse fator histórico de suma importância. Em todo caso, o paternalismo e a proteção máxima – mormente pela via punitiva – são os pilares que sustentam os entendimentos jurisprudenciais atuais.

Vale dizer que a Lei 11.340/2006 vedou a aplicação de penas pecuniárias no caso de violência doméstica, de modo a afastar a coisificação e precificação da mulher em situação de violência. A sanção para casos envolvendo a referida norma possui um caráter eminentemente retributivo por meio da pena privativa de liberdade.

3.1. Sobre as mordaças do sistema punitivo: a ordem é calar, mas ainda há muitas vidraças para serem quebradas

A despeito das edições das Lei 11.340/2006 (violência doméstica e familiar contra a mulher) e 13.104/2015 (inserção do feminicídio enquanto qualificador no delito do artigo 121 do Código Penal), faz-se necessário repensar as questões de gênero não como via sensível e de problematização das ciências criminais, mas como *ponto de partida* para a construção de um arquétipo alternativo ao *status quo*.

Soraia da Rosa Mendes, em sua abordagem criminológica, afirma que:

> adotar o ponto de vista feminista significa um giro epistemológico, que exige partir da realidade vivida pelas mulheres (sejam vítimas, rés ou condenadas) dentro e fora do sistema de justiça criminal. Penso que aí está o

> objetivo maior de uma criminologia feminista, que não tem como ser concebida "um novo ingrediente" nos marcos do que já foi produzido por outras criminologias[5].

Convém ressaltar que o ingresso das demandas feministas no Direito Penal requer uma especial reflexão devido ao seu caráter paradoxal. De um lado, busca-se a descriminalização do aborto, a mudança de nomenclatura dos delitos sexuais[6] e, de outro, a requisição de criminalização do feminicídio e a sua colocação no rol de *crimes hediondos* que já aconteceu, aumento de pena para o assédio sexual (artigo 216-A, CP), entre outros. A conta que chega para o sistema de justiça criminal é o grito de uma ação imediata diante da barbárie, mas há a amnésia de que muitas das vezes o próprio Direito Penal é extensão e *locus* reprodutor da violência de gênero, em que o senso comum policial e judicial não difere, uma vez mais, do senso comum social[7].

5. MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)Pensando a criminologia*: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.
6. Com a reforma promovida em 2009, é necessário questionar o que é considerado (in) digno sexualmente? Quem impôs esse parâmetro? Seria mais escorreito denominar de crimes contra a *liberdade sexual,* olvidando essa inserção moralista sobre o sistema penal.
7. "Também é importante aduzir que a própria experiência a nível internacional sobre as reformas penais criminalizantes produzidas pelo feminismo (a exemplo das reformas espanhola e canadense) tiveram resultados altamente frustrantes para as mulheres, se confrontados com suas expectativas originárias. Por último, ao relegitimar-se o sistema penal como uma forma de resolver os problemas de gênero, produz-se um desvio de esforços do feminismo que iria, de outro modo, dirigido a soluções mais criativas, radicais e eficazes, suscitando falsas esperanças de mudança por 'dentro' e 'através' do sistema. O discurso feminista da neo-criminalização, louvável pelas boas intenções e pelo substrato histórico, parece encontrar-se, nessa perspectiva, imerso na reprodução da mesma matriz (patriarcal e jurídica) de que faz a crítica, num movimento extraordinariamente circular. Pois, em primeiro lugar, reproduz a dependência masculina, na busca da autonomia e emancipação feminina; ou seja, segmentos do movimento feminista buscam libertar-se da opressão masculina (traduzida em diferentes formas de violência) recorrendo a proteção de um sistema demonstradamente classista e sexista e creem encontrar nele o grande pai capaz de reverter sua orfandade social e jurídica" (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Revista Sequência,* Florianópolis, v. 18, n. 35, 1997. p. 47-48).

4. A MULHER, O DIREITO PENAL E SUA LINGUAGEM: *RES* A SUJEITO

A seguir, busca-se apresentar a linguagem do Direito Penal ao longo das codificações, analisando de que maneira a mulher era tratada pelo sistema punitivo, sua proteção e qual – ou "quais" – arquétipos de mulheres eram reproduzidos pelos tipos penais incriminadores.

4.1. Breve escorço: a mulher nas codificações penais

Hodiernamente, falar acerca de crime passional (especialmente o homicídio) pode soar descabido. No entanto, olhar as legislações penais que vigeram em solo pátrio demonstra que o papel da mulher para o Direito Penal nem sempre foi de um sujeito político assaz *protegido*. De igual modo, nos crimes sexuais, a sanção seria maior àquele que cometesse o delito em desfavor de "mulher honesta" do que se cometido contra "mulher pública ou prostituta". Longe de esgotar todas as codificações penais que vigeram no Brasil, foram pinçados alguns tipos penais de modo a revelar a linguagem da Dogmática Penal pretérita, balizando-a com as normas vigentes no presente momento.

No Título XXXII do Livro V – Das Ordenações do Reino (Ordenações Filipinas ou Código Filipo) aparece a figura dos "alcoviteiros, e dos que em suas cazas consentem as mulheres fazerem mal de seus corpos", em que a figura incriminadora era "Qualquer pessoa, assi homem, como mulher, que alcovitar mulher casada, ou consentir que em sua caza faça maldade de seu corpo, morra por ello, e perca todos os seus bens"[8], restando clarividente que a mulher não dispunha de qualquer liberdade ou possibilidade de consentimento no que tange à livre disposição de seu corpo.

Já no Título XXXVIII do Livro V – Das Ordenações do Reino (Ordenações Filipinas ou Código Filipo) aparece "Do que matou sua mulher, pola achar em adulterio", em que o marido poderia licitamente ceifar a vida de sua esposa e de seu amante no caso de adultério ou, ainda, quando seja certo que tal fato fosse ocorrer[9]. Do mesmo modo, haveria apenas uma espécie de sanção no caso em

8. Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 118.

9. "Achando o homem casado sua mulher em adulterio, licitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adulterio, não morrerá por isso mas será degradado para Africa com pregão na audiencia pelo tempo, que aos

que o marido fosse "peão" e o adúltero "fidalgo". Evidentemente, não há nessa codificação um delito nominado de "Da que matou seu homem, por achá-lo em adultério"[10].

Já no Código Penal do Império, chama a atenção a Seção I – Estupro do Capítulo II – Dos crimes contra a segurança da honra, em que o termo "mulher honesta" frequentemente aparece nas figuras delitivas, notadamente os artigos 222[11] e 223[12]. Aqui, há uma gradação entre quais as mulheres – leia-se, as "honestas" – mereciam a tutela penal e àquelas que não seriam protegidas a partir da norma incriminadora, demonstrando que a proteção penal rudimentar da época tinha como estereótipo a mulher recatada, submissa e dócil.

No Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (Decreto 847, de 11 de outubro de 1890), a sanção do estupro a mulher possuía uma variação de acordo com a "qualidade" da mulher, a saber, se honesta ou não. O artigo 268 da retromencionada codificação incriminava "Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta" com uma pena de "prisão cellular por um a seis annos". Já no parágrafo primeiro, "Si a estuprada fôr mulher publica ou prostituta", a pena seria de "prisão cellular por seis mezes a dous annos". A figura da "mulher honesta"

julgadores bem parecer, segundo á pessoa, que matar, não passando de trez annos. 1. E não somente poderá o marido matar a sua mulher e o adultero, que achar com ella em adulterio, mas ainda os póde licitamente matar, sendo certo que lhe cometterão adulterio; e entendendo assi provar, e provando depois o adulterio per prova licita e bastante conforme á Direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito he (...)" (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 122).

10. "(...) efetivamente, desde o direito romano ficou assente o princípio de que o marido podia matar impunemente os adúlteros quando os havia surpreendido em flagrante, faculdade que proclamam expressamente todos os direitos históricos do Ocidente. À falta de evidência proporcionada pelo flagrante delito, o marido poderia optar também por acusá-los ante a justiça, sempre que tivera provas suficientes, e neste caso, se fossem judicialmente condenados, a mulher e seu cúmplice sofriam a humilhação de correrem nus pelas ruas da cidade, sobre o açoite do verdugo, eram banidos ou era imposta a pena capital, abrindo um leque de possibilidades quanto à forma de execução: na Espanha onde se praticavam castigos que eram usuais em outros países da Europa como a lapidação, o fatiamento do nariz ou a morte por afogamento em uma lagoa, na Espanha a adúltera era quase sempre degolada, e outras vezes conduzida à fogueira, enforcada ou entregue ao marido junto com seu cúmplice, para que fizesse com eles o que quisesse" (GACTO FERNÁNDEZ, Enrique. Imbecillitas Sexus. *Cuadernos de Historia Del Derecho,* Madrid, v. 20, 2013, p. 56 – tradução nossa).
11. "Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta".
12. "Seduzir mulher honesta, menor de dezasete annos, e ter com ella cópula carnal".

permaneceu no Código Penal de 1940 (codificação que permanece vigente até os dias atuais), cujo o artigo 219 incriminava o "Rapto violento ou mediante fraude de mulher honesta", sendo que o referido crime só foi revogado com a Lei 11.106/2005. Trata-se da proteção seletiva[13] da mulher comprometida com a constituição da família, os bons costumes e a reprodução legítima.

De bom alvitre salientar que entre as causas extintivas da punibilidade do artigo 108 do Código Penal de 1940 (redação original) havia o inciso VIII, em que se considerava extinta a punibilidade "pelo casamento do agente com a ofendida nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos, I, II, e III do Título VI da Parte Especial". Nesse sentido, resta claro que para o Direito Penal não estava em questão a "liberdade sexual" da mulher, mas a reputação social em virtude do ato atentatório[14], reputação essa construída a partir do estereótipo de mulher virgem, recatada, docilizada. Parece algo esdrúxulo pensar que seria preferível o casamento da vítima com seu algoz do que a punição do criminoso, mas é de bom alvitre salientar que essa excrescência só foi expurgada com a Lei 11.106/2005.

13. "A sexualidade feminina referida ao coito vaginal diz respeito à reprodução. E a função reprodutora dentro do casamento se encontra protegida sob a forma da sexualidade honesta, que é precisamente a sexualidade monogâmica (da mulher comprometida com o casamento, a constituição da família e a reprodução legítima), de modo que protegendo-a, mediante a proteção seletiva da mulher honesta, protege-se latente e diretamente a unidade familiar e, indiretamente, a unidade sucessória (o direito de família e sucessões), que, em última instância, mantém a unidade da própria classe burguesa no capitalismo" (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência,* Florianópolis, v. 26, n. 50, 2005. p. 96).

14. Nesse sentido, listamos os seguintes comentadores: "O casamento do criminoso com a mulher por ele agravada na sua honra é, sem dúvida, reparação moral a que nenhuma outra iguala. A condenação do agente atendendo, embora, à exigência social da punição, não produz resultados tão cabais. Alguma coisa resta, carecendo de proteção legal, e é a virgindade da mulher, conspurcada, a sua honra, poluída. Perdeu ela a sua reputação social, e certo não a readquire, por efeito miraculoso da condenação criminal do sedutor. Mesmo socorrida pelo dote do ofensor – quantas vezes um escárnio à sua pobreza duplamente humilhada –, continuará despida de boa fama, e não raro a perseguirão as restrições maliciosas dos que têm cem olhos para o infortúnio alheio, mas não enxergam os próprios deslizes, os próprios delitos impunes contra o pudor individual, inclusive os extremamente graves na escala dos crimes sexuais. Assim, só o casamento satisfaz como reparação, recolocando a mulher na estima social. O poder público abre mão do direito punitivo, porque à sociedade interessa menos, no caso, a punição, só pela punição; do que a restituição da vítima ao seu lugar na sociedade" (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 4. p. 302-303).

Com a edição da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, além de continuar a permitir o "casamento do agente com a ofendida nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos, I, II, e III do Título VI da Parte Especial", agora nominado no artigo 107, VII[15], do CP, aperfeiçoou-se a causa da extinção da punibilidade no artigo 107, VIII, do CP, qual seja,

> (...) pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração[16].

Do mesmo modo, tal causa extintiva da punibilidade só deixou de figurar no Código Penal com a edição da Lei 11.106/2005.

4.2. A famigerada "legítima defesa da honra" no crime passional

Na literatura jurídico-penal, não é raro encontrar reminiscências do arcaísmo no que tange ao crime passional e à famigerada *legítima defesa da honra* do clássico exemplo do marido que surpreende sua esposa/companheira/namorada com um terceiro (ou suspeita[17] de um romance clandestino) e, embebido pela violenta emoção, decide praticar o(s) crime(s) contra a vida de modo a ao menos restabelecer a sua "honra". Ademais, não apenas a doutrina, mas também o tribunal do júri foi um espaço em que tal tese possuiu grande receptividade pelo conselho de sentença, cuja composição por muito tempo era eminentemente masculina, pois o local público não era um espaço para mulheres.

15. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: Penal. Crime de estupro. Extinção da punibilidade. Casamento. Agente. Vítima. Declaração *ex officio*. 1. Incide a letra do artigo 107, VII, do Código Penal, quando o agente, condenado pela prática do crime de estupro, em sua forma tentada, se casa com a vítima, consoante certidão de casamento colacionada nos autos. 2. Punibilidade extinta. 3. Prejudicado o exame do mérito do recurso especial (REsp 191.084/RO, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, j. 24.08.1999, *DJ* 13.09.1999, p. 119).
16. Consoante o item 97 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal: "Deu-se melhor redação à hipótese de casamento da vítima com terceiro, ficando claro que esta forma excepcional de extinção depende da ocorrência concomitante de três condições: o casamento, a inexistência de violência real e a inércia da vítima por mais de 60 (sessenta) dias após o casamento".
17. "An honorable murderer, if you will, for naught I did in hate, but all in honor" (Othelo, Act 5, Scene 2, de Shakespeare).

Vive-se – ainda – sob a vigência do Código Penal datado de 1940[18]. Dos fatos da vida que buscavam amparo legal na referida codificação, havia uma verdadeira romantização do criminoso passional, uma vez que se considerava o fardo de seu destino, especialmente, pelo adultério de sua mulher que não deixa outra alternativa a não ser "lavar com sangue a própria honra", assassinando-a. Eis a grande tese dos defensores[19] que à época de 1940 e até recen-

18. Ao falar sobre o homicídio privilegiado em casos de delitos passionais, Hungria e Fragoso afirmavam: "Em face do novo Código, os uxoricidas passionais não terão favor algum, salvo quando pratiquem o crime em exaltação emocional, ante a evidência da infidelidade da esposa. O marido que surpreende a mulher e o *tertius* em flagrante ou *in ipsis rebus venereis* (quer *solus cum sola in eodem lecto,* quer *solus cum sola in solitudine*) e, num desvairo de cólera, elimina a vida de uma ou de outro, ou de ambos, pode, sem dúvida alguma, invocar o § 1º do art. 121; mas aquele que, por simples ciúme ou meras suspeitas, repete o gesto bárbaro e estúpido de Otelo, terá de sofrer a pena inteira dos homicidas vulgares" (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. cit., v. 5, p. 162-163).

19. "(...) é claro que os advogados procuraram encontrar outras fórmulas capazes de fazer com que o júri, respondendo aos quesitos, ou absolvesse, ou aplicasse uma pena ainda menor, que permitisse, por exemplo, a concessão do sursis, a suspensão condicional da pena. Daí ter surgido a alegação da 'legítima defesa da honra e da dignidade', que a sociedade algumas vezes admitia, porque quando o Código de 1940 entrou em vigor existiam, como ainda hoje existem, resíduos da concepção atrasada de que a infidelidade conjugal é um insulto, uma agressão ao cônjuge enganado. Ainda hoje, a ruptura desse compromisso ocasiona, de parte de quem julga, sobretudo no interior, uma posição de simpatia em relação àquele que é considerado ofendido pelo componente do casal que traiu a fé conjugal. Há uma inclinação dos jurados para atenuar de muito a responsabilidade do criminoso quando isso ocorre. Mas é claro que isso tem diminuído sensivelmente com a liberação dos costumes, com a abolição do preconceito da virgindade, com a permissão de encontros dos jovens casais antes do casamento. Isso influiu poderosamente para que não se desculpasse mais e se entendesse que era absolutamente inaceitável qualquer ação violenta em consequência de ciúme ou de atitudes de um cônjuge que pudessem ser consideradas ofensivas em relação ao outro. A solução civilizada é a separação. Isso é o que ocorre hoje em dia na sociedade de modo geral. E isso se reflete também no julgamento dos jurados. Hoje, o passional quase nunca é absolvido. E, apesar de a lei conceder uma atenuação – o privilégio de que falei –, muitas vezes o júri não atende nem a essa concessão legal. Aplica a sanção com agravante qualificativa, o que aumenta muito a pena. No passional, é difícil reconhecer a agravante do motivo fútil, mas muitas vezes pode-se encontrar o motivo torpe, quando há vingança, por exemplo. (...) A legítima defesa da honra é um exemplo de como os advogados procuraram meios de invocar outras soluções, que podiam até não ser técnicas do ponto de vista jurídico. Mas isso para o júri é um tanto secundário, porque o júri não tem compromissos doutrinários, é um tribunal leigo. O júri não é como o juiz togado, que está preso ao texto legal. A

temente repisavam no plenário do Tribunal do Júri, cujo resultado era quase sempre benéfico ao réu[20].

A questão controvertida sobre a legítima defesa da honra no crime passional do ângulo da Dogmática Penal é se de fato o traído se enquadra nas circunstâncias do artigo 25 do Código Penal. Para que a justificante seja aplicável, é necessário a presença da agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de outrem, portanto, a reação é para repelir a agressão contra um ataque a um bem jurídico. Quanto à conduta justificada (uso moderado para repelir injusta agressão), é importante verificar a *menor lesividade* entre a agressão e a conduta justificada, sendo devidamente balizado com a proporcionalidade entre a idoneidade e a necessidade[21] do meio empregado para repelir a injusta agressão[22].

Ocorre que a tese de legítima defesa da honra baseada na infidelidade conjugal como insulto perdeu sua força por conta de a honra ser atributo pessoal/particular, intransferível e própria. Não há que se falar em *honra conjugal*. Entretanto, o machismo era um aliado dos homicidas ditos *passionais*. O conselho de sentença, não raro, majoritariamente formado por homens, acabava por garantir a absolvição do algoz, não se considerando que o delito era cometido por vingança, ódio, vaidade e rancor. A *honra* que estava em julgamento não pertencia ao réu, mas se referia ao comportamento sexual das mulheres, em

---

lei, para os jurados, é apenas um parâmetro: seu julgamento é de consciência" (LINS e SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos*: depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 197-198).

20. Cf. ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. *Tese de legítima defesa da honra nos crimes passionais*: da ascensão ao despretígio. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

21. Paulo César Busato, partidário da Teoria da Ação Significativa, chama a atenção de que é necessária uma análise circunstancial, tendo em conta quais os instrumentos disponíveis para o defensor no momento do ataque, e oferta o seguinte exemplo: "(...) Por exemplo, pode-se admitir a legítima defesa de alguém que, enquanto capina, é atacado por seu inimigo, mais forte fisicamente, com socos e pontapés, e emprega em sua defesa a foice que utilizava no trabalho. Ou seja, é preciso ter em conta de que instrumentos dispunha o atacado, na situação de emergência a que se viu submetido, para constatar se houve ou não o emprego dos meios necessários" (BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 493).

22. Vide IGLESIAS RIO, Miguel Ángel. *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defesa* (consideración especial a las restriciones ético legales). Granada: Comares, 1999. p. 201-209.

que o machismo ditava que a fidelidade e a submissão ao esposo era um *direito dele*, ligado intrinsecamente à respeitabilidade social[23] do esposo.

Com muita luta social por parte de grupos feministas, houve uma mudança de paradigma em relação ao papel da mulher na sociedade e a preservação de sua liberdade. Consequentemente, as legislações penais foram sendo modificadas (na sequência haverá a abordagem dessa guinada) e, também, o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri deixou de chancelar a tese de *legítima defesa da honra.*

Compulsando alguns acórdãos mais recentes (anteriores à inserção da figura do feminicídio), é possível constatar que a solução dos crimes ditos *passionais* tem sido posta sob a rubrica de delitos qualificados (motivo fútil, motivo torpe etc.)[24]. Nem mesmo a diminuição de pena da *violenta emoção* (art. 121, § 1º, CP) tem sido admitida[25]. Via de consequência, além de o *quantum* da pena para

23. Cf. ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 222-223.

24. "Isso porque os homicidas buscam a eliminação da vida daquela pessoa que decide terminar um relacionamento, não quer mais amar e nem ser amado pelo homicida. A reação desta ação é a intolerância, a mesquinharia, o desejo próprio exaltado como o único que importa entre os dois, dessa forma, o homicida se vê completamente no direito de descarregar sua cólera ceifando a vida do outro. Por isso, na maioria dos julgados, os magistrados entendem que o motivo torpe (ciúme, vingança etc.), a traição, embocada, o motivo fútil são qualificadoras que estão presentes dos atos dos homicidas passionais" (BAPTISTA, Carla Viviane Bertoch. Homicídio passional: uma discussão entre crime privilegiado e qualificado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 116, v. 23, 2015. p. 142).

25. Nesse sentido: "Tais declarações comprovam que Fábio amanheceu naquele dia fatídico imbuído de *animus necandi* e decidido a pôr fim à vida daquela que lhe abandonara para viver com outro homem. Arquitetou seu plano de vingança. Armou-se de uma faca e chamou o amigo para lhe acompanhar até a casa da ex-mulher. Reconhecendo o carro do amásio na garagem, bateu palmas no portão, mas ninguém atendeu. Sob o pretexto de jogar sinuca com o amigo, dirigiu-se a um bar localizado ao lado da referida casa. No meio do jogo decidiu colocar o plano em prática. Inconformado com o novo relacionamento da ex-mulher, motivado pelo ciúme e pela vingança, desferiu em Jussara mais de oito facadas. Desta forma, não há que se falar em decisão manifestamente contrária às provas dos autos. A decisão do Júri é soberana, tendo em vista que optou por uma das correntes – a de que o agente, ao assassinar a vítima, movido pelo ciúme e vingança, praticou o homicídio qualificado pelo motivo torpe – e, portanto, deve ser mantida, posto que não contraria as provas colhidas na instrução" (TJPR, 1ª C. Criminal, AC 943545-6/ Cambé, rel. Naor R. de Macedo Neto, unânime, j. 07.06.2013).

o homicídio qualificado ser maior, os reflexos de severidade se verificam durante a execução penal, já que se trata de delito de natureza hedionda (art. 1º, inciso I, da Lei 8.072/1990), além de não serem suscetíveis de anistia, graça ou indulto, fiança, além de uma fração mais gravosa para a progressão de regime.

4.3. Lei 11.340/2006: o reconhecimento da violência de gênero, interpretações e mecanismos de mitigação de erradicação da mesma

A Lei 11.340/2006 tem uma história que precisa ser dita, pois a violência que sua protagonista sofreu não pode ser banalizada, tampouco esquecida.

4.3.1. Maria da Penha, história, omissão e a Lei 11.340/2006

Exsurge a Lei 11.340/2006 como um microssistema que trouxe uma intensa modificação ao ordenamento jurídico, sobretudo por reconhecer a existência da violência de gênero e visar a erradicá-la ou, ao menos, mitigar esse fenômeno.

Entretanto, tal legislação possui história. Obviamente, toda normativa possui situações pretéritas que deram ensejo à sua criação, mas a Lei de Violência Doméstica não ficou conhecida como "Lei Maria da Penha" de forma gratuita. Esse batismo nominal à Lei possui uma história permeada pelo horror, pela dor e, sobretudo, pela inércia do Estado brasileiro, que foi, ao menos, omisso no que tange à violência de gênero por tanto tempo. A história da Maria da Penha acabou por culminar na Lei 11.340/2006.

Deve-se começar pelo começo. Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de uma violência reiterada perpetrada por seu esposo durante a constância do casamento na cidade de Fortaleza (CE). O ápice da violência conjugal foi atingido quando, em 29 de maio de 1983, o cônjuge disparou seu revólver contra a vítima Maria da Penha, enquanto ela dormia. Após duas semanas hospitalizada, ao retornar ao seu lar, o cônjuge teria tentado eletrocutá-la enquanto ela se banhava.

O autor das agressões foi processado, submetido a júri popular, todavia, diante dos inúmeros instrumentos recursais, até 1997 a Justiça brasileira não havia chegado a uma solução definitiva ao caso concreto. Assim, a vítima Maria da Penha, em setembro de 1997, com o auxílio do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), peticionaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos baseados na competência que lhe conferem os artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência

Andrade, Andressa Paula de; Kazmierczak, Luiz Fernando. *As sufragistas*, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 187-211. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará ou CVM), visando a obter uma resposta acerca do caso e da inércia estatal.

Por quatro vezes a Comissão solicitou esclarecimentos e informações ao Brasil, que se quedou inerte. Em 20 de agosto de 1998, a Comissão recebeu a Denúncia, tornando-se o caso 12.051 perante o órgão. Em 4 de abril de 2001, foi publicado o Relatório sob o n. 54, no qual se reconheceu que o Brasil violou direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7º da Convenção de Belém do Pará, em prejuízo da peticionante Maria da Penha, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida. Entre as recomendações, ficou asseverado que o Estado brasileiro deveria intensificar o processo de reforma que evitasse a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil[26]. Vale ressaltar que somente em 2002 o Brasil apresentou um informe junto a OEA.

Com todo esse arcabouço histórico, a partir de 2003 já vinha sendo elaborado um Projeto de Lei pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Em 2004, o Projeto foi encaminhado ao Congresso Nacional, passando a tramitar sob o n. 4.559/2004. Finalmente, em 7 de agosto de 2006, a Lei 11.340 foi sancionada, estando vigente desde o dia 22 de setembro de 2006[27].

4.3.2. Principais inovações da Lei 11.340/2006

Trata-se de um microssistema que se desvincula de um campo exclusivamente penal e cria um sistema jurídico autônomo que deve ser regido por regras próprias de interpretação, de aplicação e de execução da Lei[28]. Pode-se subdividir a Lei em três grandes dimensões, a saber, normativo-penal, protetiva e nominativa. No plano normativo-penal, verifica-se uma modificação na forma de investigação/tomada de postura na fase policial, judicial e de execução

26. Confira o Relatório 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: [www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm]. Acesso em: 22.04.2017.

27. Cf. MACHADO, Isadora Vier; GROSSI, Miriam Pillar. Historicidade das violências psicológicas no Brasil e judicialização, a partir da Lei 11.340/2006. *Direitos Fundamentais e Justiça,* Porto Alegre, n. 21, v. 6, 2012. p. 91-92.

28. CAMPOS, Carmen Hein; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva feminista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 144.

penal. O plano protetivo está no âmago da lei, entretanto, pode-se enunciar que especificamente no artigo 30 da Lei 11.343/2006, há uma coordenada de atuação multidisciplinar com o objetivo de enfrentamento das violências contra a mulher, dispensando especial atenção a crianças e adolescentes. Quanto à dimensão nominativa, tem-se que o artigo 2º do citado diploma legal estabelece um pluralismo (Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social), visto que privilegia as diferenças entre as próprias mulheres, não as reduzindo a qualquer universalismo[29].

Importante ressaltar que o legislador erigiu como política-criminal a proteção exclusiva da mulher (respeitando as suas subjetividades como dito acima), primando pela discriminação positiva, visando a uma igualdade material no tratamento do fenômeno da violência de gênero. Assim, pode-se dizer que a discriminação positiva intenciona amortecer o desequilíbrio fático que promove a diferença substancial entre as pessoas, impondo ao poder público obrigações prestacionais positivas em benefício dos grupos fragilizados[30].

Outrossim, a discussão sobre a (in)constitucionalidade foi finalizada com o julgamento da ADC 19, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a violência histórica em desfavor das mulheres. Portanto, o intuito da Lei 11.340/2006 é promover a igualdade material, sem restringir os direitos das pessoas pertencentes ao gênero masculino.

São diversas as transformações trazidas pela Lei 11.340/2006 – cujo tópico não possui o condão de ser exaustivo em relação à lei –, como a política criminal de enfrentamento à violência de gênero de maneira penal e extrapenal, além de o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher possuir um significado alargado, a saber, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, conforme os artigos 5º e 7º da aludida normativa. Soma-se a

29. Recomendamos vivamente o trabalho de MACHADO, Isadora Vier. Para além da judicialização: uma leitura da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) em três dimensões. *Revista Feminismos,* Salvador, v. 2, n. 3, 2014.

30. Consulte CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 73, v. 16, 2008. p. 256-257.

isso que a legislação em comento privilegia toda e qualquer mulher do ângulo pluralista.

Todavia, os caminhos iniciados pela Lei necessitam de aprimoramento, especialmente com o preenchimento de vazios nos quais não se observa a escorreita aplicação da Lei em relação a mulheres negras, indígenas, ribeirinhas etc., demandando verdadeiro esforço das instituições para a expansão normativa[31].

Por derradeiro, é possível afirmar que a Lei 11.340/2006 possui uma história pretérita de muita luta, dificuldades e percalços até a sua aprovação e vigência. Com pouco mais de dez anos, a Lei já promoveu grandes mudanças no plano normativo e das políticas públicas. O futuro não será diferente, pois, somente com a luta incessante será possível traçar um futuro em que a violência de gênero não se faça presente.

5. APORTES SOBRE O FEMINICÍDIO

A criminalização do feminicídio promovida pela Lei 13.104/2015 é, provavelmente, um dos pontos mais controvertidos dentro das Ciências Criminais. Dogmatas e criminológos divergem acerca da necessidade e efetividade da atuação do Direito Penal diante da violência de gênero (vide notas de rodapé anteriores). Como crítica, menciona-se que o Direito Penal acabaria por determinar quais condutas seriam ou não toleradas ao interesse do mercado, além de reforçar a heteronormalização erigida sob o binário homem e mulher, excluindo, portanto, subjetividades que se distanciam dessa descrição biológica[32]. Diferentemente, há quem brade a inclusão da figura do feminicídio para que se escancare um problema social de ausência de tratamento adequado pelo Estado diante dessa mazela social[33], logo, uma verdadeira instrumentalização do Direito Penal.

---

31. Nesse sentido, CAMPOS, Carmen Hein. Desafios na implementação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV,* São Paulo, n. 11, v. 2, jul.-dez. 2015.

32. Vide BORGES, Clara Maria Roman; BORTOLOZZI JR., Flavio. Uma crítica foucaultiana à criminalização do feminicídio: reflexões sobre um direito pós-identitário para a diminuição da violência de gênero. *Revista da Faculdade de Direito UFPR,* Curitiba, v. 61, n. 3, 2016.

33. "(...) cumpre ressaltar que aquilo que não se nomeia não existe. A criação de um crime sob o nome de feminicídio serve a razões muito mais fundamentais do que a mera possibilidade de uma punição. Representa o reconhecimento pelo Direito, como instituição, de uma realidade que muitas vezes não é reconhecida no próprio seio social. Conceituar como crime o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres

Importante ressaltar que inicialmente se concebia a ideia da terminologia de femicídio na década de 1970 para romper com a neutralidade que ocultava as causas de muitos homicídios de mulheres com o objetivo de se fazer visível a motivação sexista dos autores do delito. Entretanto, o conceito não era suficiente para simbolizar o crime, mostrando-se necessário criar um conceito que refletisse além da responsabilidade individual do Estado, traduzindo a sua omissão e inércia de sua atuação. Destarte, o feminicídio eclode para apontar os fatores discriminatórios que giram em torno das mortes de inúmeras mulheres ao redor do mundo[34].

A referida normativa acrescentou ao artigo 121, § 2º (homicídio qualificado), o inciso VI, a saber, quando o crime contra a vida é cometido *contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.* Outrossim, a legislação tratou de dizer qual o âmbito de extensão e interpretação do feminicídio ao acrescentar o § 2º-A ao artigo 121, declarando que se considera que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolver *violência doméstica e familiar* e *menosprezo ou discriminação à condição de mulher,* revelando verdadeira interpretação autêntica do legislador. Faz-se necessário dizer que o conceito de *violência doméstica* contido no § 2º-A ao artigo 121 deverá ser buscado na Lei 11.340/2006, cujo artigo 5º disciplina a questão. Quanto ao *menosprezo à condição de mulher*, deve-se verificar se há desprezo, desvalorização, menoscabo etc. ao sujeito passivo. Já em relação à *discriminação à condição de mulher,* vale dizer que o Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002), cujo artigo 1º declara: "Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos

constitui um avanço na compreensão política do fenômeno de subordinação da mulher, da negação da sua autonomia, do fator de discriminação, da violência estrutural e sistemática, bem como da ausência de políticas públicas visando à prevenção e à erradicação desse tipo de violência contra as mulheres. Pode representar um divisor de águas no que diz respeito à produção de estatísticas e à criação de políticas de enfrentamento" (SCHLOTTFELDT, Shana. Femicídio, feminicídio e o entendimento dos operadores do direito brasileito ao tratar a morte de mulheres em razão de gênero. *Boletim IBCCrim,* São Paulo, n. 295, v. 25, 2017. p. 11).

34. Cf. COPELLO LAURENZO, Patricia. Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminologia,* Madrid, 3ª Época, n. 8, 2012.

humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo", o que servirá de norte para interpretar e amoldar a conduta ao tipo penal incriminador[35].

Vale ressaltar que antes da modificação, o delito de homicídio em desfavor de uma vítima mulher em âmbito doméstico e familiar e por conta do menosprezo à discriminação à condição de mulher era perfeitamente enquadrado na qualificadora do motivo torpe (artigo 121, § 2º, inciso I, CP)[36]. No entanto, a previsão de punição aos autores de crimes contra a vida que vitimasse mulheres não se mostrou suficiente ao anseio social, possivelmente por uma crença no Direito Penal como instrumento de *solução de conflitos sociais*, visto a constatação do elevado número de vítimas de homicídio[37], dando um efeito simbólico[38] à aludida criminalização.

É esse simbolismo da criminalização que justamente chama a atenção. Anteriormente foi exposto como era possível em tempos pretéritos a retirada da vida da mulher adúltera sem punição penal. Outrossim, até 2005 a figura da "mulher honesta" divisava quais eram as mulheres que as normas pe-

35. Essas são as considerações de BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal,* Porto Alegre, n. 91, v. 15, 2015. p. 14-15.

36. Vide PASSOS, Aline. O feminicídio nas fronteiras da América Latina: um consenso? *Ecopolítica*, São Paulo, n. 15, maio-ago. 2015. p. 71.

37. "(...) entre 1980 e 2013, num ritmo crescente ao longo do tempo, tanto em número quanto em taxas, morreu um total de 106.093 mulheres, vítimas de homicídio. Efetivamente, o número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980, para 4.762 em 2013, um aumento de 252%. A taxa, que em 1980 era de 2,3 vítimas por 100 mil, passa para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%" (WAISELFIZ, J. J.; CEBELA/FLACSO. Mapa da Violência 2015 – Homicídio de mulheres no Brasil. 2015. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, ONU Mulheres, Organização Pan-Americana da Saúde/ Organização Mundial da Saúde, 2015. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf]. Acesso em: 25.04.2017.

38. Para a crítica do Direito Penal Simbólico, vejamos as considerações de Winfried Hassemer: "(...) o crescente aumento de amplos setores do direito penal com uma eficácia puramente simbólica: quando os efeitos reais e declarados não são esperados, o legislador obtém, pelo menos, a ganância política de haver respondido aos medos sociais e às grandes catástrofes com prontidão e com os meios mais radicais que são os jurídico-penais" (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade*: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y Mª del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 90).

nais incriminadoras desejavam salvaguardar. A guinada promovida pela Lei 11.340/2006 no enfrentamento da violência para com as mulheres foi disseminando as mudanças da Dogmática Penal, culminando, recentemente, na figura do feminicídio.

Entretanto, apesar da criminalização simbólica, demonstrando o feminicídio como uma prática reiterada no seio social, não é possível crer que o Direito Penal é instrumento adequado para a solução de tal fenômeno, mormente tal segmento jurídico[39] trabalhar com o elemento punição, não promovendo qualquer modificação estrutural sensível que tanto se faz necessária. É importante que se faça a denúncia da violência de gênero, contudo, não se pode agir com ingenuidade[40] e crer que a sanção penal seja idônea para esse anseio.

A real dificuldade está incrustada nas intersubjetividades que não são reparadas por meio do processo de "tipificação-punição" ínsito ao Direito Penal. Isto é, a correção da disparidade de gênero pretendida pela norma penal não se encerra com a enunciação de tipos penais e um maior reforço punitivo, uma vez que o sistema criminal não se esgota na atividade legiferante. O recato, a docilidade e a submissão são elementos que seguem norteando a aplicação da lei de penal ao caso concreto, bem como o próprio acesso às instâncias oficiais de poder.

No início do texto, ao contextualizar com a película cinematográfica, foi exposta a fala de Maud Watts, em que afirma que "A maior eloquência é a que faz as coisas acontecerem". Essa frase é visceral, pois, ao observar a temática do filme sobre o sufrágio, foi verificada a extensa luta feminina para a obtenção do direito ao voto. Não resta convincente que os pleitos feministas devam se realizar pela via da Dogmática Penal, já que esse é um *locus* que historicamente

39. "As sociedades sexistas organizaram o ordenamento jurídico de modo a garantir o *establishment*. As mulheres sofreram uma espécie de *capitis diminutio*, sendo que passaram a ser consideradas à margem do direito, da mesma forma que os presos, e aqueles que têm desenvolvimento mental incompleto, quer sejam crianças, quer sejam deficientes mentais. Mesmo as leis mais democráticas mantiveram as mulheres nesse patamar" (ALVES, Fernando de Brito; PEGORER, Mayara Alice Souza. Direitos da Mulher: alguns aspectos polêmicos quanto à afirmação da igualdade e a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos. In: MAIA, Jorge Sobral da Silva; BIANCON, Mateus Luiz (Org.). *Educação das relações de gênero e em sexualidades*: reflexões contemporâneas. Curitiba: Appris, 2014. p. 128).

40. Recomenda-se BORGES, Clara Maria Roman; LUCCHESI, Guilherme Brenner. O machismo no banco dos réus – uma análise feminista crítica da política criminal brasileira de combate à violência contra a mulher. *Revista da Faculdade de Direito UFPR,* Curitiba, v. 60, n. 3, 2015.

(vide a exposição das normas penais acima) sempre retratou a mulher de maneira fragilizada e condicionando proteção a certo grupo de mulheres, a saber as "mulheres honestas". No pêndulo da emancipação feminina, não se revela adequado o direcionamento via esfera penal – salvo se falarmos e tratarmos do cárcere feminino e de como esse também é um espaço masculino, isto é, da necessidade de tensionar o encarceramento sob um viés feminista.

Por derradeiro, parece adequado o reforço da esfera protetiva em detrimento da dimensão normativo-penal da Lei 11.340/2006 para a tão almejada erradicação da violência de gênero, destacando-se o atendimento humanizado, o reforço aos direitos humanos e a emancipação feminina, coisa que a Dogmática Penal não possui condições de realizar.

6. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, é possível concluir:

a) O filme *As sufragistas* permite uma discussão sobre a emancipação, a proteção jurídica e a liberdade feminina.

b) O Direito Penal tem se mostrado mais sensível – com ressalvas – às demandas feministas.

c) A linguagem do Direito Penal (especialmente nas codificações penais) demonstra que a Dogmática Penal acaba por reproduzir o machismo social.

d) Há que se aprimorar a Lei 11.340/2006 em sua dimensão protetiva e intervencionista para uma eficaz implementação.

e) O feminismo não se presta a ser ordeiro, disciplinador e ajustado ao sistema jurídico-penal, pois teríamos um feminismo colaborativo com o *status quo*.

f) Não se pode coadunar que o Direito Penal seja instrumento adequado na luta pela emancipação feminina e no combate à violência de gênero, pois a esfera penal segue embebida pela categoria da "mulher honesta" – ainda que esteja *legalmente* extirpada do ordenamento jurídico – e da leitura do gênero feminino como frágil, dócil e submisso.

g) O feminismo e o Direito Penal podem estar alinhados se se falar no encarceramento feminino e de como o cárcere possui uma formatação voltada para o sexo masculino, bem como para questões como a urgente necessidade da legalização do aborto, uma vez que a sua criminalização significa um Direito Penal Simbólico às mulheres mais abastadas e em morte anunciada para as mulheres economicamente hipossuficientes.

ANDRADE, Andressa Paula de; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *As sufragistas*, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 187-211. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

7. Referências bibliográficas

ALVES, Fernando de Brito; PEGORER, Mayara Alice Souza. Direitos da mulher: alguns aspectos polêmicos quanto à afirmação da igualdade e a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos. In: MAIA, Jorge Sobral da Silva; BIANCON, Mateus Luiz (Org.). *Educação das relações de gênero e em sexualidades*: reflexões contemporâneas. Curitiba: Appris, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência,* Florianópolis, v. 26, n. 50, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Revista Sequência,* Florianópolis, v. 18, n. 35, 1997.

ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. *Tese de legítima defesa da honra nos crimes passionais*: da ascensão ao despretígio. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

BAPTISTA, Carla Viviane Bertoch. Homicídio passional: uma discussão entre crime privilegiado e qualificado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 116, v. 23, 2015.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal,* Porto Alegre, n. 91, v. 15, 2015.

BORGES, Clara Maria Roman; LUCCHESI, Guilherme Brenner. O machismo no banco dos réus – Uma análise feminista crítica da política criminal brasileira de combate à violência contra a mulher. *Revista da Faculdade de Direito UFPR,* Curitiba, v. 60, n. 3, 2015.

BORGES, Clara Maria Roman; BORTOLOZZI JR., Flavio. Uma crítica foucaultiana à criminalização do feminicídio: reflexões sobre um direito pós-identitário para a diminuição da violência de gênero. *Revista da Faculdade de Direito UFPR,* Curitiba, v. 61, n. 3, 2016.

BRANDÃO, Cristiane (Coord.). *Violência contra a mulher e práticas institucionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Série Pensando o Direito n. 52.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPOS, Carmen Hein. Desafios na implementação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV,* São Paulo, n. 11, v. 2, jul.-dez. 2015.

CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 73, v. 16, 2008.

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

COPELLO LAURENZO, Patricia. Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminologia,* Madrid, 3ª Época, n. 8, 2012.

DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 23, n. 114, maio-jun.2015.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique. Imbecillitas sexus. *Cuadernos de Historia Del Derecho,* Madrid, v. 20, 2013.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade*: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y Mª del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 4.

IGLESIAS RIO, Miguel Ángel. *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defesa* (consideración especial a las restriciones ético legales). Granada: Comares, 1999.

LINS e SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos*: depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MACHADO, Isadora Vier; GROSSI, Miriam Pillar. Historicidade das violências psicológicas no Brasil e judicialização, a partir da Lei 11.340/2006. *Direitos Fundamentais e Justiça,* Porto Alegre, n. 21, v. 6, 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)Pensando a criminologia*: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

PASSOS, Aline. O feminicídio nas fronteiras da América Latina: um consenso? *Ecopolítica*, São Paulo, n. 15, maio-ago. 2015.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2 ed. São Paulo: RT, 2004.

SCHLOTTFELDT, Shana. Femicídio, feminicídio e o entendimento dos operadores do direito brasileito ao tratar a morte de mulheres em razão de gênero. *Boletim IBCCrim,* São Paulo, n. 295, v. 25, 2017.

WAISELFIZ, J. J.; CEBELA/FLACSO. Mapa da Violência 2015 – Homicídio de mulheres no Brasil. 2015. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, ONU Mulheres, Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde, 2015, p. 28. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Às voltas com a política criminal latino-americana de prevenção da violência de gênero: um estudo a propósito da experiência brasileira e a recente criminalização do feminicídio, de Débora Moreira Maia e Pedro Paulo da Cunha Ferreira – *RT* 973/219-243 (DTR\2016\24369);
- Breves comentários à Lei 13.104/2015, de Adriana Ramos de Mello – *RT* 958/273-290 (DTR\2015\10809);
- O olhar jurídico feminino sobre a violência de gênero, de Virgínia de Fátima Marques Bezerra – *RT* 971/19-46 (DTR\2016\23071); e
- Relaciones peligrosas: género y derecho penal, de Encarna Bodelón – *RBCCrim* 29/233-246 (DTR\2000\11).

Corpos indigentes: a identificação dos corpos com identidade ignorada encontrados no Estado de Goiás

Indigent bodies: the identification of bodies found with ignored identity in the State of Goiás

Dijaci David de Oliveira

Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (PPGS) da Faculdade de Ciências Sociais (FCS) da Universidade Federal de Goiás (UFG).
dijaci@ufg.br

Simone de Jesus

Mestranda em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia (PPGS) da Universidade Federal de Goiás (UFG). Papiloscopista policial civil do Estado de Goiás. Vice-Presidente da Associação dos Papiloscopistas do Estado de Goiás (APPEGO).
simone@appego.com.br

Antonio Maciel Aguiar Filho

Papiloscopista policial civil do Estado de Goiás. Presidente da Federação Nacional dos Peritos em Papiloscopia e Identificação (FENAPPI). Especialista em Perícia Criminal (Unip-GO).
maciel.fenappi@hotmail.com

Recebido em: 06.04.2017
Aprovado em: 15.05.2017
Última versão dos autores: 07.06.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Anualmente centenas de corpos são encontrados no Estado de Goiás. Aqueles provenientes de morte violenta são encaminhados ao Instituto Médico Legal (IML) e passam por processo de identificação, contudo existem muitos obstáculos para sua realização. O objetivo deste artigo é apresentar uma discussão sobre o processo de identificação dos chamados "indigentes", isto é, corpos encontrados sem identificação. Para a realização deste trabalho tomaremos

Abstract: Every year hundreds of corpses are discovered in the State of Goiás, Brazil. The violent death cases are forwarded to the IML (Institute of Forensic Medicine) and go through an identification process riddled with obstacles. This paper's goal is to discuss the identification process of bodies considered "indigent" or "ignored", i.e. corpses found with no identification. To accomplish the task, we will investigate the data available on "indigent" or "ignored" bodies discovered

Oliveira, Dijaci David de; Jesus, Simone de; Aguiar Filho, Antonio Maciel. Corpos indigentes: a identificação dos corpos com identidade ignorada encontrados no Estado de Goiás. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 213-236. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

os dados sobre corpos indigentes ou ignorados encontrados no Estado de Goiás nos anos de 2010 a 2016, cotejando-os com as discussões da literatura especializada sobre possibilidades e obstáculos no processo de identificação. Partimos da hipótese de que não identificar concorre para fortalecer problemas que se correlacionam ao corpo encontrado, tais como a própria manutenção do *status* de indigente, a baixa resolubilidade de homicídios, a impunidade e o aumento da sensação de insegurança. Compreendemos, ainda, que a não garantia do direito da família em confirmar a morte do seu parente tem fortes implicações legais sobre a instituição familiar e que cabe às políticas de segurança pública a garantia dos direitos humanos das vítimas e dos familiares. Por fim, objetivamos entender de que forma o processo de identificação pode romper a condição exposta no conceito de corpos indigentes, assim como contribuir para o fortalecimento da segurança pública e dos direitos das vítimas e suas famílias.

Palavras-chave: Papiloscopia – Indigentes – Impunidade – Segurança Pública – Goiás.

in the State of Goiás between the years of 2010 and 2016, collating them with debates on the possibilities and obstacles in the identification process in specialized literature. We begin with the hypothesis that the lack of identification of such corpses is correlated to problems such as the maintenance of the indigent status, the low solution of homicides, impunity and the increase in the sense of insecurity. We understand that the lack of assurance of the right to confirm the death of a family member has strong implications on the institution of family itself. We also contend that Public Security policies must guarantee the Human Rights of victims and their families. At last, we aim to point out how the identification process could best break with the conditioning bias in the concept of indigent corpses, as well as to contribute to strengthen Public Security and the rights of victims and their families.

Keywords: Dactylology – Indigents – Impunity – Public Security – Goiás.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contexto da segurança pública no Estado de Goiás. 3. Os corpos indigentes, ignorados, desconhecidos: mortos sem identificação. 4. Corpos não identificados e não reclamados: corpos esquecidos. 5. Dar "vida" aos corpos: resgatar a história. 6. Considerações finais. 7. Referências.

Ao curvar-te com a lâmina rija de teu bisturi sobre o cadáver desconhecido, lembra-te que este corpo nasceu do amor de duas almas; cresceu embalado pela fé e esperança daquela que em seu seio o agasalhou, sorriu e sonhou os mesmos sonhos das crianças e dos jovens; por certo amou e foi amado e sentiu saudades dos outros que partiram, acalentou um amanhã feliz e agora jaz na fria lousa, sem que por ele tivesse derramado uma lágrima sequer, sem que tivesse uma só prece. Seu nome só Deus o sabe; mas o destino inexorável deu-lhe o poder e a grandeza de servir à humanidade que por ele passou indiferente.

Karl Rokitansky, *Oração ao cadáver desconhecido*, 1876.

1. Introdução

Ao longo[1] dos últimos anos, foram encontradas centenas de corpos de pessoas mortas no Estado de Goiás, muitos dos quais deram entrada como não identificados. Quando um corpo não é identificado a partir dos recursos disponíveis, ele se torna mais um corpo que fará parte da categoria dos "indigentes", "ignorados", "não identificados" (FERREIRA, 2009) ou, ainda, "desconhecidos" (REZENDE, 2012). Foram cidadãos e cidadãs, mas que, sem a devida identificação, se metamorfoseiam em "indigentes", isto é, "não sujeitos", e serão enterrados como corpos desconhecidos, abandonados ou não reclamados. Noutras palavras, transformam-se em não cidadãos, corpos sem laços sociais, sem famílias e sem uma história de vida.

Para a realização deste trabalho, tomaremos os dados sobre pessoas encontradas mortas e não identificadas no Estado de Goiás nos últimos sete anos (de 2010 a 2016). Partimos do pressuposto de que a não identificação concorre para fortalecer problemas que se correlacionam direta ou indiretamente ao corpo encontrado. Entre eles podemos destacar a própria manutenção do *status* de indigente, a baixa resolubilidade de homicídios, o sentimento de impunidade, o aumento da sensação de insegurança, a não garantia do direito da família no aspecto sucessório, assim como dos ritos de morte, sepultamento e luto de um ente familiar. Portanto, partimos da hipótese de que o corpo encontrado e não identificado não se resume a um indigente, um corpo insignificante, mas a um cidadão ou uma cidadã e que sua existência como indigente converge para uma miríade de outros problemas sociais. Compreendemos, ainda, que a não garantia do direito da família em confirmar a morte do seu parente tem fortes implicações legais sobre a instituição familiar e que cabe às políticas de segurança pública a garantia dos direitos humanos das vítimas e dos familiares. Ao enterrar um corpo como indigente, estamos também enterrando a possibilidade de compreender outros problemas sociais que se entrelaçam com o corpo encontrado.

Por fim, objetivamos entender de que forma o trabalho dos profissionais de identificação pode romper a condição exposta no conceito de corpos indigentes, assim como contribuir para o fortalecimento da segurança pública e dos direitos das vítimas e de suas famílias. Para tanto, na primeira parte do trabalho contextualizamos o cenário da segurança pública do Estado de Goiás com-

1. Uma primeira versão deste artigo foi apresentada no GT *Direitos humanos e democracia: desafios, contradições e perspectivas* do IV Simpósio Internacional de Ciências Sociais, promovido pela Faculdade de Ciências Sociais (FCS) da Universidade Federal de Goiás (UFG), de 11 a 14 de novembro de 2015, em Goiânia/GO.

parativamente com os outros estados da região Centro-Oeste e com o Brasil. A discussão objetiva compreender em que medida os problemas de segurança poderiam ser apontados como ausência de investimento por parte do Estado. Para isso trabalharemos com os dados do *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (FBSP, 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016) referentes aos investimentos dos anos de 2007 a 2015.[2]

Na parte subsequente analisamos a série estatística de pessoas encontradas mortas e que deram entrada no Instituto Médico Legal (IML) da capital de Goiás, Goiânia, e que engloba ainda 33 outras cidades da Região Metropolitana e adjacências. Os dados foram coletados nos arquivos do Instituto de Identificação do Estado de Goiás, que é o órgão responsável pela guarda dos dados e laudos de identificação do IML. Os dados estão arquivados na Seção de Necropapiloscopia e estão listados nos chamados "Livros de Coleta e Relatórios". As informações básicas estão ordenadas em planilhas do *Excel*, para cada ano, e contêm todos os cadáveres que deram entrada no IML sem identificação. O propósito foi analisar as variações dos índices e saber quantas pessoas figuram como "não identificadas", "ignoradas" ou "indigentes".

Na terceira parte procuramos compreender o sentido de vivenciarmos a condição de termos pessoas encontradas mortas e não identificadas. O que significam esses dados? Que implicações teria isso para a sociedade? Finalmente, na quarta e última parte, nosso objetivo é pensar na posição oposta, ou seja, qual o sentido em recuperar a identidade de um corpo indigente e qual ou quais as razões de "dar uma história de vida" para um corpo que poderia figurar como não identificado.

2. Contexto da segurança pública no Estado de Goiás

De acordo com o *Anuário* de 2016, o Brasil aplicou 1,38% do Produto Interno Bruto (PIB) em segurança pública no ano de 2015. A despeito dos investimentos, ainda assim o País possui uma das mais altas taxas de homicídios (25,7 por 100 mil habitantes).[3] Contudo, quando se computam os custos da

2. Outras bases poderiam ser utilizadas para nossa discussão, tais como o Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM) do DATASUS, por exemplo. Contudo, o *Anuário* traz elementos mais atualizados (apresenta dados com um ano de diferença) e ainda disponibiliza informações sobre gastos em segurança pública. Essa é a razão por que optamos por trabalhar apenas com o *Anuário*.

3. Na União Europeia (UE), composta de 27 países, a taxa de homicídio é de 1,1. Mas, se tomarmos alguns países da própria UE em particular, a taxa é ainda menor. Na França, por exemplo, é de 1,0 e, na Alemanha, de 0,8.

violência (que envolvem os gastos em segurança pública, prisões e unidades de medidas socioeducativas, por exemplo), conforme destaca o *Anuário* de 2014, pode-se chegar ao percentual de 5,4% do PIB brasileiro. Ou ainda, como destacou Peres, "o gasto em segurança passou de R$ 48 bilhões em 2002 para R$ 81 bilhões em 2015" (FBSP, 2016, p. 76), isto é, um crescimento de 68,75% em pouco mais de uma década.

Mas, mesmo que os gastos já sejam significativos, se tomarmos os discursos dos gestores, é comum ouvirmos afirmações de que precisamos "investir mais em segurança", ou seja, devemos ampliar os gastos. No caso específico de Goiás, a fala do atual governador do Estado é bem emblemática sobre o desejo de mais investimentos.

> O governador [Marconi Perillo] reiterou que defende a criação de um Sistema Único de Segurança Pública e do Fundo Nacional de Segurança Pública, além de defender a participação da União nos gastos com segurança pública. "Devemos ter esse vínculo com o governo federal. Os Estados precisam de recursos para investir em inteligência e gestão. Temos feito uma pressão ao Congresso Nacional para liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional", ressaltou. (TEÓFILO, 2015)

Em entrevistas no ano de 2015, o próprio governador lembrou que o Estado de Goiás já gastava 11% do seu orçamento com segurança (Estado de Goiás, 2015). Pelo menos até 2013, o percentual não se confirma, mas estava bem próximo da faixa de 10% em 2007 e oscilando até 8,6% em 2013 e, de fato, alcançando 10,1% em 2014 e 12,1% em 2015 (Tabela 1). Portanto, um gasto significativo, muito além daquele percentual nacional de 1,38% do PIB.

Tabela 1 – Participação das despesas realizadas com a Função Segurança Pública no total das despesas realizadas pela União e pelo Centro-Oeste – 2007-2015

Ano	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Brasil	0,4	0,6	0,6	0,5	0,4	0,4	0,4	0,5	0,5
GO	10,0	8,2	9,2	8,3	9,3	8,6	8,6	10,1	12,1
DF	1,0	1,5	1,8	2,3	2,3	3,5	3,5	4,3	2,4
MT	6,9	9,2	9,2	9,4	9,8	8,0	9,0	8,2	11,2
MS	10,2	9,4	9,0	8,5	9,3	9,8	8,2	7,1	8,9

Fonte: *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (FBSP, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016). Elaboração própria.

Independentemente disso, o montante demonstra que os Estados (no caso, Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul) então investindo e se empenhando para a ampliação dos gastos em segurança como resposta prioritária ao enfrentamento dos problemas sociais. Sobre as estratégias de enfrentamento da criminalidade, Roeder, Eisen e Bowling (2015), no relatório intitulado *What caused the American crime decline?*, analisam de que forma o tema tem sido abordado nos Estados Unidos nas últimas décadas. O trabalho foi publicado pelo Brennan Center for Justice da New York University School of Law, e nele não apenas se questiona profundamente o papel do encarceramento na redução do crime como também é demonstrado que foram as políticas sociais que, de fato, permitiram uma forte redução da criminalidade. Ainda, de acordo com o documento, o encarceramento, além de não reduzir a criminalidade, tornou-se um problema de dimensões astronômicas para os Estados Unidos, visto que a manutenção do sistema custa mais de 80 bilhões de dólares por ano (ROEDER; EISEN; BOWLING, 2015).

Embora os investimentos em segurança sejam expressivos, isso não resultou necessariamente em um sistema mais eficiente. Se tomarmos os índices de homicídios dolosos, por exemplo, observamos um crescimento em Goiás: entre 2012 e 2015 houve uma variação ascendente de 1,77% na taxa (Tabela 2).

Tabela 2 – Homicídios dolosos, por número de vítimas e ocorrências no Brasil e no Centro-Oeste – 2012-2015

	Números absolutos				Taxas			
Ano	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**
Brasil	50.241	50.806	54.023	52.463	25,9	25,2	26,3	25,7
GO	2.426	2.576	2.580	2.651	39,4	39,9	39,6	40,1
DF	819	720	714	627	30,9	25,7	25,0	21,5
MT	948	1.041	1.314	1.249	30,4	32,6	40,8	38,2
MS	568	521	596	556	22,7	20,1	22,8	21,0

Fonte: *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (FBSP, 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016). Elaboração própria.

No Centro-Oeste, Mato Grosso foi o Estado que apresentou, no ano de 2013, o maior percentual de investimento em segurança: 9,0%. Todavia, a despeito dos gastos, foi o Estado que apresentou a maior variação positiva na taxa de homicídios. Depois, no ano de 2014, Goiás despontou com um percentual de 10,1 em 2014 e 12,1 em 2015. Da mesma forma apresentou uma taxa crescente de número de vítimas (1,4 entre 2014 e 2015) e uma elevação no número

de ocorrências (1,4 entre 2014 e 2015) (FBSP, 2013, 2016). Desse modo, não necessariamente mais dinheiro investido resulta em menos violência.

Tabela 3 – Despesas realizadas com a Função Segurança Pública, por subfunções, pela União e pelo Centro-Oeste – 2012-2015

Policiamento					
Ano	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**Variação**
União	1.428.125.595,04	1.660.117.484,47	1.319.420.000,00	1.175.995.000,00	-17,65
GO	122.513.919,37	130.208.819,97	161.730.958,99	214.939.180,12	75,44
DF	47.258.440,38	62.446.144,75	91.328.252,76	25.153.831,59	-46,77
MT	58.370.092,28	52.766.504,51	47.394.181,99	68.014.575,74	16,52
MS	869.104.946,66	734.667.428,52	780.668.552,95	1.057.458.603,74	21,67

Fonte: *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (FBSP, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016). Elaboração própria.

O investimento em inteligência pode ser uma alternativa para se enfrentar mais concretamente a criminalidade e a violência. Isso não significa estimular a velha prática de "arapongagem", mas aplicar em recursos técnicos e científicos que contribuam para o aperfeiçoamento das investigações e o aumento da eficiência das operações de segurança ou a robustez dos inquéritos, como bem destacou Gomes (2009, p. 48):

> Note-se que há uma diferença entre a atividade de inteligência de Estado e a atividade de inteligência policial. Enquanto a primeira prima pelo assessoramento das autoridades de governo, no processo decisório, a segunda busca a produção de provas da materialidade e da autoria de crimes. A inteligência policial é, em suma, voltada para a produção de conhecimentos a serem utilizados em ações e estratégias de polícia judiciária, com o escopo de identificar a estrutura e áreas de interesse da criminalidade organizada, por exemplo.

Se tomarmos o pressuposto de que as políticas de prevenção (aqui se incluem as atividades de inteligência) são mais eficientes que a atuação sobre o problema em si, não temos muito o que comemorar em relação ao Estado de Goiás. Quando analisamos os dados do Estado de Goiás disponibilizados no *Anuário* de 2014, chama a atenção o baixo investimento em "informação e inteligência". Tirando o Distrito Federal (que não repassou as informações), comparativamente aos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, os gastos de Goiás poderiam ser considerados irrisórios (em 2012 foram investidos apenas pouco mais de 26 mil reais). Em 2013 ocorreu um crescimento de 718%

nos gastos (passaram para mais de 220 mil reais). Mas é nos anos de 2014 e 2015 que começou a haver fortes investimentos, com uma variação entre 2012 e 2015 na ordem de mais de 5.000% (Tabela 4). Resta saber que tipos de suporte as despesas "Informação e Inteligência" oferecem e tentar responder por que elas não têm dado retorno no que diz respeito à redução das taxas de violência.

Tabela 4 – Despesas realizadas com a Função Segurança Pública, por subfunções, pela União e pelo Centro-Oeste – 2012-2015

Informação e Inteligência					
Ano	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**Variação**
União	327.731.991,85	484.549.796,29	465.140.000,00	177.515.000,00	-45,83
GO	26.949,36	220.701,90	3.074.637,46	1.430.223,75	5.207,07
DF	–	–	–	–	–
MT	5.253.995,22	5.924.936,06	6.053.198,04	7.043.547,57	34,06
MS	89.017.722,36	114.252.625,09	149.296.866,44	–	–

Fonte: *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (FBSP, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016). Elaboração própria.

Outro dado que chama a atenção nos *Anuários* (de 2013 a 2016) são as informações relativas a "mortes a esclarecer". Comparativamente às outras unidades da região Centro-Oeste, Goiás possui uma das maiores taxas de mortes a esclarecer (28,5 em 2015). Mato Grosso do Sul (MS) se sobressai em primeiro, com 33,9 casos (FBSP, 2016). Vale destacar que, em números absolutos, Mato Grosso do Sul, no ano de 2015, apresentou 900 casos e Goiás, 1.887 (Tabela 5).

Mas o que são os dados sobre mortes a esclarecer? Teoricamente são aquelas situações em que não foi possível ao perito esclarecer com exatidão, por meio do exame de necropsia, a causa da morte. Isso demonstra, entre outras coisas, uma relativa fragilidade no processo de alimentação dos dados desde o momento de confecção do Boletim de Ocorrência e que afetará mais à frente as informações do sistema.

A expressão "mortes a esclarecer" também é um expediente utilizado pelas autoridades da Polícia Judiciária de Goiás quando, no momento da diligência no local do fato ocorrido (principalmente encontro de cadáveres sem sinais inequívocos de violência), a possibilidade de constatação da morte (se foi um homicídio ou não) está prejudicada. Todavia, esse considerável número de mortes a esclarecer levanta algumas preocupações:

a) se existe orientação institucional, com parâmetros definidos para que a autoridade policial registre a ocorrência como morte a esclarecer, qual a natureza do critério?

b) se o procedimento é definido livremente por cada profissional, como a instituição atua para evitar distorções e erros?

c) quando o *status* é redefinido, como se dá a atualização dos dados?

A preocupação com as chamadas "mortes a esclarecer" é fundamental, pois pode implicar desdobramentos sérios do ponto de vista social e político. Do ponto de vista social, pode-se induzir a sociedade à sensação de que um problema está sendo sanado, quando na verdade ele se mantém ou até mesmo se aprofundou. Do ponto de vista político, pode-se beneficiar determinados gestores como sujeitos capazes e eficientes na gestão de problemas sociais e, portanto, angariar benefícios eleitorais de forma fraudulenta, sobretudo quando não o são.

Por fim, vale destacar que, se tomarmos as chamadas "Mortes Violentas Intencionais" (MVI), as quais correspondem à soma das vítimas de homicídio doloso, latrocínio, lesão corporal seguida de morte e mortes decorrentes de intervenções policiais em serviço e fora deste, o número no Estado de Goiás foi de 2.927 no ano de 2015. Contudo, quando observamos que, além desse valor, temos 1.887 casos que não entraram na contabilidade, por serem catalogados como "mortes a esclarecer", e que esse número corresponde a 64,46% do total de mortes violentas intencionais, então podemos ter sérias dúvidas sobre as reais condições do sistema de segurança do Estado de Goiás.

Tabela 5 – Mortes a esclarecer, por número de vítimas e ocorrências no Brasil e no Centro-Oeste – 2012-2015

	Números absolutos				Taxas			
Ano	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**
Brasil	15.357	16.291	7.576	8.396	7,9	8,1	3,7	4,1
GO	815	985	1.669	1.887	13,2	15,3	25,6	28,5
DF	24	7	–	–	0,9	0,2	–	–
MT	298	260	223	286	9,6	8,1	6,9	8,8
MS	421	368	897	900	16,8	14,2	34,2	33,9

Fonte: *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (FBSP, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016). Elaboração própria.

A leitura dos dados estatísticos dos *Anuários* de 2013 a 2016, por exemplo, nos permite perceber que, não obstante os agudos investimentos que têm sido feitos pelos Estados no campo da Segurança Pública, não necessariamente observamos uma redução dos homicídios. Também tem chamado a atenção a precariedade tanto no tratamento dos dados e da investigação quanto na

elucidação dos crimes. A maior parte continua sem autoria, e muitos corpos encontrados não são identificados.

Diante de um cenário de fortes investimentos, como aponta o *Anuário* de 2016, em que os Estados de Goiás (12,1%), Mato Grosso (11,2%) e Mato Grosso do Sul (8,9%) dispõem de parcelas expressivas de seus orçamentos (Tabela 1) e, ainda assim, sem alcançar resultados satisfatórios, não é incomum observarmos a adesão de gestores às demandas populistas de mais gastos em segurança, assim como de apoio a propostas mais punitivistas, tais como a redução da maioridade penal, o aumento do encarceramento e a ampliação das penas.

Sobre a ineficiência dessas políticas, novamente é importante retomar o texto de Roeder, Eisen, Bowling (2015), em que apontam, por exemplo, como a prática do encarceramento, aos níveis de hoje, teve um benefício desprezível no controle do crime nos Estados Unidos. Os autores demonstram que a taxa de encarceramento aumentou mais de 60% no período de 1990 a 1999, porém, a taxa de crimes violentos caiu 28%. Em contrapartida, na década seguinte, convivendo com um crescimento na taxa de encarceramento de apenas 1%, os crimes violentos caíram 27% (ROEDER; EISEN; BOWLING, 2015).

O que podemos perceber a partir dessa exposição é que o Estado de Goiás tem investido fortemente no setor de segurança, visto que vem gastando atualmente mais de 10% do seu PIB no setor. A despeito disso, no entanto, não tem obtido uma redução significativa da criminalidade e, em particular, dos homicídios. Na contramão do debate que emerge nos Estados Unidos promovido pelo Brennan Center for Justice at New York University School of Law (ROEDER; EISEN; BOWLING, 2015) sobre o reconhecimento do fracasso das políticas de encarceramento em massa, as políticas de segurança no Estado de Goiás têm apontado para programas que se assemelham às políticas do chamado "endurecimento penal" (PASTANA, 2009).

3. Os corpos indigentes, ignorados, desconhecidos: mortos sem identificação

Zilli e Vargas (2013), em pesquisa sobre a dinâmica da criminalidade em Belo Horizonte (MG), destacaram que a complexidade da violência que envolve "intricados processos de estruturação de atividades criminosas" pode ser uma explicação para a baixa resolubilidade dos homicídios. Podemos afirmar que, quanto mais complexidade envolve a criminalidade, mais competência investigativa se exige da polícia judiciária. Portanto, a elucidação dos crimes tem a ver também com a capacidade do sistema de justiça criminal, o que abrange vários elementos, entre eles a capacidade técnica para dar respostas. Sem a

capacidade técnica, a parte inicial, isto é, a chamada "investigação preliminar", fica prejudicada e, sequencialmente, compromete as respostas subsequentes. Assim, na parte que segue tentaremos demonstrar, por meio do trabalho da perícia papiloscópica, a necessidade de se dar consistência às "investigações preliminares" como forma de ampliar a elucidação dos crimes e, consequentemente, de respostas sociais aos problemas de sentimento de insegurança e de falta de justiça.

Diariamente um número expressivo de cadáveres é periciado nos institutos Médicos Legal (IML) de Goiânia e interior de Goiás. Entre esses cadáveres, alguns possuem suposto nome (a partir de informações de testemunhas ou por portarem algum documento), mas outros têm identidade completamente ignorada e devem ser identificados por um dos métodos existentes (papiloscopia, odontologia, exame de DNA). Os não identificados, enquanto permanecerem como tais, são também nomeados como indigentes (que foi nomenclatura oficial por muitos anos, mas permanece como termo socialmente utilizado). A antropóloga Letícia de Carvalho Mesquita Ferreira (2009) realizou uma etnografia do IML no Rio de Janeiro. Lá ela também se deparou com os chamados "corpos indigentes" ou "não identificados":

> Os corpos *não-identificados* eram aqueles cujos registros de vida e morte eram encarados como pouco úteis, com raras chances de serem procurados por alguém e, por isto, poderiam ter posto em dúvida até o estatuto de seus corpos ou de suas mortes, como revelam os casos de Corpos Liminares apresentados. (FERREIRA, 2009, p. 153)

Como se pode verificar na fala da antropóloga, os corpos não identificados se assemelham a "pessoas inexistentes", "não sujeitos" ou "não cidadãos". Isso porque ficarão ali sem identificação e sem condições de reconstituição de suas conexões com o mundo social. A fala da autora abre ainda outras possibilidades que serão abstraídas por Rezende (2012, p. 40-41) para sugerir ainda outra nomenclatura. Assim destaca o autor:

> Outra categoria relacionada a cadáveres "desconhecidos" é a de "não reclamados": o termo designa corpos que não foram retirados do IML por familiares. Embora a maior parte dos cadáveres não reclamados seja formada de corpos "desconhecidos", há casos em que o cadáver é identificado e a família, por razões diversas, não toma nenhuma providência a respeito da liberação do corpo e do sepultamento. Há também o termo "não-identificado", utilizado atualmente em alguns IMLs (FERREIRA, 2009). Embora me pareça uma categoria adequada para *caracterizar* cadáveres cuja identidade se ignora é preciso lembrar que muitas vezes os corpos são *reconhecidos* (por

> familiares), o que elimina a necessidade de perícias complementares para sua *identificação*. No IML de Belo Horizonte há ainda mais uma categoria, que designa um tipo específico de "desconhecido": corpos em estado avançado de putrefação ou esqueletizados são registrados como "ossadas".

Apesar dessa possibilidade de classificação, o autor opta por indicar os indigentes, os não identificados, os não reclamados, as ossadas, os despojos humanos, entre outros, pelo termo "desconhecido". Assim explica o autor:

> A categoria "desconhecido", como utilizada no IML, funciona simultaneamente como um adjetivo, pois caracteriza alguém que não se conhece, um cadáver cuja identidade se ignora; e um substantivo, na medida em que *define* este cadáver como um *tipo* específico dentro do conjunto de corpos e em relação ao qual serão adotados determinados procedimentos técnicos e burocráticos. Enquanto termo técnico nativo relaciona-se, histórica e operacionalmente, com outras categorias utilizadas para designar despojos humanos. A mais conhecida delas é "indigente". Embora o termo não seja mais utilizado pelos Institutos Médico-Legais brasileiros, ainda é comum ouvir, fora dos IMLs, expressões do tipo "foi enterrado como indigente". (REZENDE, 2012, p. 40)

Seguramente, nomear e conceituar de forma adequada é um passo importante para compreendermos de quem estamos falando. Porém, é imperativo que entendamos o sentido da vida e da morte de quem falamos.

O Estado de Goiás não foge à regra de conviver com a condição incômoda de não conseguir dar uma identidade a todos os corpos encontrados sem identificação. Na Tabela 6, a primeira linha refere-se a todos os casos anuais que deram entrada no Instituto Médico Legal (IML) da capital do Estado, Goiânia.[4] Na segunda temos o total dos casos que entraram como "indigentes", "não identificados", isto é, não possuíam documentação sobre sua identidade. Já a terceira diz respeito a casos, após uma investigação da perícia papiloscópica, cujos corpos foram identificados.

Os cadáveres da segunda linha não se referem exclusivamente a "corpos encontrados" em lugares ermos, mas a todos que deram entrada sem uma identidade segura. Poderia ser, portanto, um corpo encontrado dentro de um lote, com alguma suposição de quem poderia ser, mas que, por falta de documentos, precisaria ser reconhecido e confrontado com as informações iniciais (por exemplo, suspeita e informações precárias).

4. O IML de Goiânia atende a toda Região Metropolitana, além de outros 33 municípios.

Tabela 6 – Cadáveres que deram entrada no IML do Estado de Goiás, 2010-2016

Ano	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Cadáveres que deram entrada no IML	2.601	2.644	2.822	2.963	3.025	3.155	2.836
Cadáveres que deram entrada na seção de necropapiloscopias sem documento de identificação (ignorados)	103	146	210	259	329	303	226
Cadáveres com entrada na seção de necropapiloscopia sem documento e foram identificados	33	90	90	150	200	164	158
Cadáveres não identificados	70	56	120	109	129	139	68

Fonte: Instituto Médico Legal (IML), Goiânia/GO, 2016. Elaboração própria.

De 2010 a 2016 o número de corpos que deram entrada no IML de Goiânia foi de 22.882. Em 2010 foram 2.601 corpos, e em 2016 atingiu 2.836. Mas chegou a 3.155 em 2015. Entre 2010 e 2016 observa-se um crescimento de 9,03%. Por sua vez, os corpos não identificados saltaram de 103 para 226, ou seja, houve um aumento de 119,41% (Tabela 6). Mesmo que o corpo seja reconhecido antes de ir para o IML (por ser encontrado com algum documento ou ser identificado por alguém que o conhecia), ele passa pelo processo de análise datiloscópica, ou seja, exame das falanges distais, que garantem efetivamente a individualização e a exatidão da informação. Mas quando ele entra sem uma identidade, a busca torna-se muito mais complexa. O forte crescimento da entrada de corpos não identificados aumenta a demanda de pessoal, de técnicas e eficiência de todos os profissionais do IML e da equipe de identificação, os denominados necropapiloscopistas.

Ao longo dos últimos sete anos (2010-2016), um total de 691 pessoas ficou sem identificação pelo serviço do IML. O período de 2010 a 2016 apresentou uma sensível queda, todavia em 2015 se chegou a um pico de 139 corpos não identificados e enterrados como indigentes.

Enfim, o que podemos observar é que o processo de queda contínua do percentual de pessoas encontradas e não identificadas demanda a modernização do banco de dados para realização de pesquisa. Isso porque, apesar de ser possível a realização da coleta das impressões dos cadáveres, eles se mantêm ignorados, dada a impossibilidade de busca automatizada. Sem isso, o cenário de picos de corpos não identificados (como em 2014 e 2015, com respectivamente 129 e 139) pode ocorrer novamente e um percentual maior de corpos pode ficar sem identificação, sem uma história de vida e sem humanidade.

4. Corpos não identificados e não reclamados: corpos esquecidos

A despeito dos recursos tecnológicos existentes, nem todas as pessoas que dão entrada no IML como "ignoradas" são identificadas. Isto é, permanecem como "não identificadas" e podem ser enterradas como indigentes. Porém, mais grave ainda é o fato de que nem todas as pessoas identificadas ganham uma história de vida, não são enterradas pelos seus parentes e não são reclamadas. Assim, da mesma forma que muitos não identificados, elas são enterradas como "indigentes".

Uma vez dada a entrada no IML e após todo o processo de necropsia, o sepultamento dos corpos é autorizado. Caso não exista familiar responsável pelo recebimento e sepultamento do corpo, ele fica guardado por um prazo de trinta dias esperando ser reclamado. Não aparecendo ninguém, os corpos são encaminhados para sepultamento, uma vez que o IML, conforme os gestores, não comporta armazenar grande número de corpos. Isso vai ocorrer tanto com corpos com identidade ignorada quanto com os corpos identificados, mas não reclamados pelos familiares. Em Goiânia o procedimento se assemelha tal qual descrito por Rezende (2012, p. 60) ao abordar sobre a situação em Belo Horizonte:

> Há dois destinos possíveis para um cadáver desconhecido. Em casos de identificação ou reconhecimento (determinação da identidade civil) é feita a Declaração de Óbito que extingue oficialmente a personalidade civil e o corpo é encaminhado à família para inumação ou cremação. (...) Nos casos em que permanece sem identificação, o corpo segue armazenado no necrotério por até trinta dias, antes de ser enterrado como desconhecido ou ser doado a alguma escola de medicina, para fins de ensino e pesquisa.[5]

Ainda em Goiânia, existe a seção de ignorados, que é responsável pelo sepultamento e registro das informações sobre o corpo não reclamado, com fotografias e informações sobre o local de sepultamento, além, é claro, da coleta de impressões digitais, ou mesmo de fragmentos digitais, para os casos dos cadáveres especiais (mumificados, saponificados, esqueletizados, carbo-

5. Tal situação está ancorada em legislação específica. Trata-se da Lei Federal 8.501/1992, que dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, para fins de ensino e pesquisa. A lei determina em seu artigo 2º: "O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico" (BRASIL, 1992).

nizados etc.). Vale assinalar que os peritos papiloscopistas, em virtude das péssimas condições dos tegumentos, não conseguem os datilogramas completos. Com isso, possibilitam-se tanto o registro científico da passagem do indivíduo pela instituição quanto a identificação a qualquer tempo. A coleta e o arquivo desses dados biométricos coletados proporcionam uma grande chance de identificação desses corpos ignorados, sobretudo porque o Estado, via Secretaria de Segurança Pública, conseguiu modernizar o sistema de identificação civil e criminal. A aquisição da tecnologia AFIS, por intermédio do projeto intitulado "Goiás Biométrico", representa grande vantagem ao modelo convencional de Vucetich, com destaque para a digitalização de todo o passivo das planilhas decadactilares (Tabela 7). Isso significa que grande parte das impressões digitais arquivadas no IML como ignoradas será lançada no banco de dados digitalizados e poderá ser identificada. Além do trabalho da papiloscopia, há ainda outros procedimentos, tais como coleta de material para exame de DNA e registros sobre a arcada dentária (nestes dois últimos métodos, não existe a possibilidade de busca em banco de dados e a coleta é realizada apenas nos cadáveres em decomposição). Acerca disso refere ainda Rezende (2012, p. 47):

> Embora não haja hierarquia entre os métodos de identificação – pode-se dizer que o método mais apropriado é sempre aquele mais apropriado a cada corpo – o mais utilizado é a identificação datiloscópica. Além da rapidez e do baixo custo, se comparado aos exames odontolegais e de DNA, este método tem a vantagem de contar com o banco de dados produzido e administrado pelo Instituto de Identificação. Mas, por maiores que sejam as vantagens do método datiloscópico, ele também está sujeito a limitações: no Brasil, os institutos de identificação são de responsabilidade de cada Estado. Não há um banco de dados nacional de fichas datiloscópicas, que possam ser acessadas de qualquer lugar do território. Assim, se uma pessoa natural de outro Estado vier a falecer em Minas Gerais e for encontrada sem documentos, as chances de identificação tornam-se drasticamente reduzidas.

Ao fazer tal afirmação, o autor destaca o valor de alguns processos de identificação, o tempo, a complexidade, mas também a ausência de bases de dados que façam cruzamentos que permitam o sucesso na identificação. Todos os procedimentos como teste de DNA e odontologia-legal dependem de suspeição (ter um suspeito) para que se viabilize uma busca da identidade. A exceção é a papiloscopia, que, mesmo não existindo nenhuma informação da identi-

dade do indivíduo, pode se valer de um fragmento, o que seria suficiente para identificar e localizar uma pessoa[6] nas bases de digitais do sistema AFIS[7].

Conforme os dados da Tabela 7, entre 2012 e 2016, 398 pessoas foram enterradas como "indigentes" pelo IML de Goiânia. A maior parte é formada por homens (89,69%). As mulheres correspondem a 38 casos do total (10,3%). Os sepultamentos de cadáveres ignorados (não identificados) no período foram de 247 casos (62%). Já os que foram identificados, mas não reclamados pelos familiares correspondem a 116 casos (37%). O restante (1%) refere-se a fetos, natimortos e um caso sem identificação do sexo.

Tabela 7 – Corpos ignorados com coleta de impressões papilares e corpos identificados pelos serviços do IML/Papiloscopistas que foram sepultados como indigentes no período de 2012 a 2016

ANO	2012	2013	2014	2015	2016
Nº de cadáveres sepultados (identificados e ignorados)	80	94	81	84	59
Masculino	71	81	72	79	54
Feminino	09	11	08	05	05
Feto	–	01	–	–	03
Sexo indefinido	–	01	–	–	
Natimorto	–	–	01	–	01
Cadáveres ignorados sepultados com coleta de impressão digital	40	64	48	59	36
Cadáveres identificados sepultados sem o conhecimento de familiares	40	28	32	25	23

Fonte: Instituto Médico Legal, Goiânia/GO, 2016. Elaboração própria.

Um problema detectado no IML diz respeito ao número significativo de corpos identificados pela perícia papiloscópica (148 corpos, 37,18% do total), mas que são sepultados sem qualquer conhecimento dos familiares (Tabela 7). Isso ocorre, entre outras razões, no caso de Goiânia, porque o Estado não

6. Das 27 Unidades da Federação, apenas doze possuem o AFIS civil: Acre, Maranhão, Bahia, Rondônia, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Roraima, Distrito Federal, São Paulo, Paraná, Rio de Janeiro e Alagoas.
7. O Automated Finger Print Identification System (AFIS) é um sistema que trabalha tanto com as impressões digitais completas quanto com fragmentos encontrados em locais de crime, ou mesmo reconstituídos de cadáveres em avançado estado de decomposição.

possui um serviço organizado e eficiente para localizar as famílias. Em algumas situações, familiares vão ao IML procurar por um parente desaparecido e descobrem que o corpo já foi sepultado como indigente. Mas, quando não há uma busca por parte dos familiares (e caso não se dirijam ao IML), dificilmente saberão do falecimento do seu ente.

Portanto, caberia às instituições construir uma agenda que garanta a superação dos principais obstáculos que atualmente limitam a ação dos peritos papiloscopistas no processo de identificação dos corpos com identidade ignorada, assim como em um serviço de localização das famílias daqueles corpos identificados. Uma iniciativa já implementada por muitas Unidades da Federação é a criação de um banco de dados de impressões digitais. Além do banco, existem outros procedimentos técnicos que permitem coleta, pesquisa mais rápida e eficaz. Entre eles podemos destacar o compartilhamento de informações entre distintas unidades e organismos de segurança. Um banco de dados com funcionamento em rede pode contribuir significativamente para acelerar processos de investigação, apoio na busca de desaparecidos, troca e cruzamento de informações fundamentais para a ampliação das condições de resolubilidade de crimes.

Para além do banco de dados digitalizados, deve-se trabalhar na construção de práticas de padronização e potencializarão do trabalho de identificação de cadáveres ignorados nos IMLs de Goiânia e interior. Sem isso, muitos corpos deixam de ganhar uma história de vida, muitos eventos (que podem ser episódios criminais, doenças ou outros) não ganham um contexto social. Enfim, os corpos não "ganham vida" e a sociedade perde parte de sua capacidade de se pensar e dar novas soluções aos problemas vivenciados.

5. Dar "vida" aos corpos: resgatar a história

Qualquer pessoa deseja se sentir segura, em casa ou fora dela. E, na eventualidade de uma ocorrência de conflito, deseja ter acesso rápido aos serviços de segurança, ter sua demanda solucionada e, sobretudo, ser tratado o tempo inteiro como cidadão ou cidadã. Todavia, não é exatamente assim que ocorre, pelo menos no Brasil.

A maior parte dos brasileiros convive com a falta de elucidação dos crimes, suas demandas por justiça não são atendidas e ainda precisam conviver com o fenômeno da impunidade (PINHEIRO, 1997; MESQUITA, 1998), como assinalado por Mesquita (1998, p. 131):

> Apenas para materializar em números tudo o que foi dito, em relação a todos os homicídios de crianças e adolescentes no município de São Paulo durante um ano:
>
> - O promotor de Justiça fez a denúncia de 27,58% dos indiciados;
> - O juiz fez a pronúncia de 9,31% de réus;
> - Depois de quatro anos e meio da ocorrência do delito, 6,06% foram a júri na primeira instância;
> - Destes, 3,3% dos réus foram condenados e 2,76% absolvidos;
> - Entre os réus condenados, 2,75% entraram com recurso;
> - Destes, em segunda instância, 1,03% foram absolvidos;
> - Portanto, ao final, houve a condenação de 1,72% dos réus.

Os dados expostos por Mesquita (1998) nos fornecem uma dimensão importante da efetividade do sistema de segurança e justiça criminal. Deveríamos nos perguntar: como fica o cidadão diante de um sistema que não garante o sentimento de justiça? A resposta é: ele não confia no sistema, e isso nos traz, evidentemente, outros problemas. O Índice de Confiança na Justiça no Brasil – ICJBrasil (FGV, 2013, p. 13) – assim aponta:

> No que diz respeito à mensuração da confiança da população nas instituições, na declaração espontânea sobre o quanto os entrevistados confiam no Poder Judiciário, o percentual de confiança chegou a 34%. Vale notar que a confiança no Judiciário diminuiu se comparado ao segundo semestre de 2012, passando de 39% para 34%.

Ter confiança nas instituições é um passo importante para compreendermos a vida em sociedade. As relações entre as pessoas e entre elas e as instituições se dão pela confiança (BOUDON; BOURRICAUD, 1993). Mas o fenômeno da impunidade enfraquece o elo de confiança e aos poucos desmonta a rede mais ampla que constitui a sociedade. Se não há respostas em casos investigados e que passaram pelo crivo da construção do processo, da prova e de tantos outros dispositivos necessários para dar início ao rito do julgamento, o que podemos falar daqueles corpos encontrados e não identificados? Quem são as pessoas encontradas mortas e não identificadas? Quais os problemas e dilemas que isso pode acarretar?

Na perspectiva do sistema de segurança, para o processo de investigação e provável elucidação do crime a identificação da vítima, é considerado um primeiro passo para se iniciar tal processo. A partir dessa informação sobre quem é a vítima, a polícia judiciária passa a ter condições de iniciar a investigação

mais focalizada, orientada, desvelando as conexões familiares e as redes de relacionamentos da vítima. Assim, identificar "quem" se torna uma premissa substantiva para dar consistência às prováveis hipóteses de motivação que levem à autoria do crime. Portanto, os 247 cadáveres ignorados entre 2012 e 2015 na sua quase totalidade entraram nas estatísticas de crimes não resolvidos e foram arquivados (Tabela 7). E, por sua vez, todos os 398 casos de cadáveres sepultados (identificados e ignorados) como indigentes dão uma amostra de como o Estado transforma os corpos em seres abjetos (Tabela 7).

Butler (2010, 2015) chamaria esses corpos de "abjetos". Nas palavras dela, o "'abjeto' designa aquilo que foi expelido do corpo, descartado como excremento, tornado literalmente 'Outro'" (BUTLER, 2010, p. 190-191), isto é, são corpos tratados como "invisíveis", "não inteligíveis" ou "sem existência legítima" (PRINS; MEIJER, 2002). Mais propriamente, não sujeitos que morreram e que não terão um enterro como pessoas que um dia foram, "cidadãos".

Dentro do espectro do direito brasileiro, alguns especialistas destacam que não há direito para a morte ou mesmo os direitos dos mortos, até porque o direito é percebido como uma manifestação da vida. Nessa linha de raciocínio, destaca a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (1998, p. 49): "O que se protege quando se fala em morte ou na segurança do corpo para depois da morte é uma projeção do direito à vida, a proteção da dignidade e da integridade, mesmo quando não há mais a resposta material do viver".

Assim, a despeito das dificuldades, recuperar a identidade dessas pessoas poderia significar mais que revelar o registro de um indivíduo, devolvendo a humanidade do corpo. Significa trazê-lo para o mundo dos cidadãos, recuperando sua história de vida, seus laços sociais e afetivos. E, para além disso, reconstruir um fio condutor que interligue o corpo encontrado à rede mais ampla de justiça.

Aguiar Filho (2011) destacou que existem várias razões por trás do processo de buscar identificação de um corpo encontrado ignorado. Entre elas estão a cível, uma vez que é por meio da identificação que muitos familiares poderão pleitear direitos tais como "pensões, direito de herança, indenizações trabalhistas, seguros, etc." (AGUIAR FILHO, 2011, p. 11). Identificar corpos encontrados é, portanto, devolver um corpo para a sociedade e assegurar que o processo de humanidade se perpetue por meio da garantia de direitos aos seus familiares.

Todavia, como já destacado anteriormente, nem todos os corpos ganham identidade. A despeito dos esforços dos papiloscopistas, como lembrou Aguiar Filho (2011), muitos corpos demandam não apenas mais técnicas, mas sim

mais profissionais e compromisso do Estado em defesa da vida e garantia de justiça. Afinal, em todo o Brasil, são milhares de corpos que precisam de atendimento nos IMLs para a realização de necropsia que determine a causa da morte e, principalmente, a reconstrução e recuperação da identidade do corpo.

Os corpos ignorados quase sempre são vítimas de morte violenta, portanto se inscrevem na tutela do Estado. Normalmente entram no IML em condições especiais, caracterizados por fenômenos transformativos definidos como: destrutivos (autólise, putrefação e maceração) ou conservadores (mumificação, saponificação). Para iniciar os trabalhos com vistas à identificação do cadáver, exigem-se várias técnicas. Uma delas é o processo de fixação do tecido, que estanca a deterioração ou putrefação, permitindo a aplicação de técnicas que buscam a recuperação do campo digito-papilar dos quirodáctilos em exame. Reside nessa fase grande dificuldade para o profissional, afinal não existe, por parte dos gestores do campo da segurança e do processo investigativo, a devida preocupação em equipar o ambiente e adequar as condições de trabalho, obrigando esses peritos a trabalharem por esforço próprio. Isso, não raro, obrigando muitos profissionais a improvisar desde o recipiente para o acondicionamento do material até os reagentes para tratamento do tecido.

Conforme dados apresentados na Tabela 6, verificamos que houve um aumento progressivo e significativo do número de cadáveres que deram entrada no IML de Goiânia como ignorados – de 103 no ano de 2010 para 226 em 2016. Contudo, apesar desse aumento, na ordem de 119,41%, ocorreu um salto na capacidade de identificação – de 32,04% dos corpos ignorados em 2010 para 69,91% em 2016. Isso significa que ainda temos um alto percentual (30,09%) de corpos encontrados e que se mantêm como indigentes, ou seja, não passam de corpos "abjetos" e invisíveis para a sociedade. Mais que isso, tal situação contribui para que se mantenha o ambiente de insegurança e de falta de justiça. Esses índices de identificação de ignorados deveriam ser bem maiores. Para tanto, é necessário investir em tecnologia e integração de banco de dados de impressões digitais (AFIS)[8], oferecer suporte técnico laboratorial e dispor de maior número de profissionais papiloscopistas e com especialização em necropapiloscopia.

8. O AFIS deve ser visto como um investimento em inteligência, isto é, uma tecnologia capaz de evitar a falsificação de documentos e a duplicidade de identidades e potencializadora da possibilidade de resolução de crimes.

6. Considerações finais

Nesta discussão, com base nos dados do *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (anos de 2012 a 2016), demonstramos que, apesar de o Estado de Goiás ter aplicado 10,1% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2014 e 12,1% em 2015 em segurança, não ocorreu uma redução das taxas de criminalidade.

Também destacamos que o Estado de Goiás passou a investir fortemente em inteligência. Verificamos que no ano de 2013 o investimento foi de 718% em relação ao ano anterior e que entre 2012 e 2015 a variação foi na ordem de mais de 5.000%. Contudo, apesar disso, nem as políticas punitivistas nem as ações de inteligência têm dado retorno na redução das taxas de violência.

Outro dado que tem se destacado nas informações dos *Anuários* (de 2012 a 2016) diz respeito ao item "mortes a esclarecer". Comparativamente às outras unidades da região Centro-Oeste, Goiás possui uma das maiores taxas de mortes a esclarecer (28,5% em 2015). A preocupação com as chamadas "mortes a esclarecer" é fundamental, pois pode implicar desdobramentos políticos e sociais. Do ponto de vista social, pode-se induzir a sociedade à sensação de que um problema está sendo sanado quando na verdade ele se mantém ou até mesmo se aprofundou. Do ponto de vista político, podem-se beneficiar determinados gestores como sujeitos capazes e eficientes na gestão de problemas sociais, que se aproveitarão para angariar proveitos eleitorais de forma fraudulenta, sobretudo quando não o são.

No caso específico dos chamados "corpos indigentes", o Estado de Goiás não foge à regra de conviver com a condição incômoda de não conseguir dar uma identidade a todos os corpos encontrados sem identificação. De 2010 a 2016 o número de corpos que deram entrada no IML de Goiânia foi de 22.882. Em 2010 foram 2.601 corpos, e em 2016 o número foi de 2.836. Entre 2010 e 2016 observa-se um crescimento de 9,03%. Por sua vez, os corpos não identificados saltaram de 103 para 226, ou seja, houve um aumento de 119,41%.

Ao longo dos últimos sete anos (2010-2016), um total de 691 pessoas ficou sem identificação pelo serviço do IML. Por conseguinte, mesmo com os recursos tecnológicos existentes, nem todas as pessoas que dão entrada no IML como "ignoradas" são identificadas. Desse modo, permanecem como "não identificadas" e podem ser enterradas como indigentes. Porém, mais grave ainda é o fato de que nem todas as pessoas identificadas ganham uma história de vida, pois não são enterradas pelos seus parentes nem reclamadas. Assim, da mesma forma que muitos não identificados, são enterradas como "indigentes".

Finalmente destacamos que existem várias razões por trás do processo de buscar identificação de um corpo encontrado ignorado. Compreendemos que

identificar um corpo indigente significa dar uma história de vida, uma identidade ao corpo. Dar uma história de vida significa alinhavar um fio que conecta o corpo com o seu meio social e a partir daí identificar eventuais fatores que concorrem para a produção da morte. Isso pode ter implicações importantes no processo ampliação da taxa de resolubilidade de homicídios, de redução da impunidade, assim como de aumento da sensação de segurança. Para além das políticas de segurança, compreendemos, ainda, que a identificação dos corpos ignorados ou não identificados é fundamental para assegurar os direitos da família em confirmar a morte do seu parente, além de garantir os direitos humanos das vítimas e dos familiares.

7. Referências

AGUIAR FILHO, Antônio Maciel. *A eficiência da perícia necropapiloscópica na identificação de vítimas em desastre de massa, em casos de repercussão e na identificação de cadáveres ignorados*. 2011. Monografia (Especialização em Perícia Criminal) – Universidade Paulista, Goiânia, 2011.

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. São Paulo: Ática, 1993.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei 8.501/1992, de 30 novembro de 1992. Dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 1º dez. 1992.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

BUTLER, Judith. Corpos que importam. *Sapere Aud*, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 12-16, 1º sem. 2015.

ESTADO DE GOIÁS. Casa Civil. Gabinete de Gestão de Imprensa do Governador. *Marconi defende criação de política nacional de segurança pública*. 24 set. 2015. Disponível em: [www.casacivil.go.gov.br/post/ver/203316/marconi-defende-criacao-de-politica-nacional-de-seguranca-publica]. Acesso em: 31.10.2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 5, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 6, 2013.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 7, 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 8, 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 9, 2016.

FERREIRA, Letícia Carvalho de Mesquita. *Dos autos da cova rasa*: a identificação de corpos não-identificados no Instituto Médico-Legal do Rio de Janeiro, 1942-1960. Rio de Janeiro: E-Papers; Laced; Museu Nacional, 2009.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS – FGV. Índice de confiança na Justiça no Brasil – *ICJBrasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GOMES, Rodrigo Carneiro. Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 21, n. 8, ago. 2009.

MESQUITA, Myriam. Violência, segurança e justiça: a construção da impunidade. *RAP*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 109-H, mar.-abr. 1998.

PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. *Rev. Sociol. Polít.* [on-line], v. 17, n. 32, p. 121-138, 2009.

PERES, Ursula Dias. Desafios do financiamento das políticas públicas de segurança. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 10, 2016.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. *Tempo Social – Rev. Sociol. USP*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 43-52, maio 1997.

PRINS, Baukje; MEIJER, Irene Costera. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. *Estudos Feministas*, ano 10, n. 156, 2002.

REZENDE, Patrick Arley de. *Corpos sem nome, nomes sem corpos:* desconhecidos, desaparecidos e a constituição da pessoa. 2012. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Comentário ao artigo 3º. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Humanos direitos humanos*: conquistas e desafios. Brasília: OAB/Conselho Federal, 1998.

ROEDER, Oliver; EISEN, Lauren-Brooke; BOWLING, Julia. *What caused the crime decline?* New York: Brennan Center for Justice at New York University School of Law, 2015.

TEÓFILO, Sarah. Marconi fala sobre os avanços da Segurança Pública em Goiás. *Opção*, 30 out. 2015. Disponível em: [www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/marconi-fala-sobre-os-avancos-da-seguranca-publica-em-goias-49976]. Acesso em: 30.10.2015.

ZILLI, Luis Felipe; VARGAS, Joana Domingues. O trabalho da polícia investigativa face aos homicídios de jovens em Belo Horizonte. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 3, p. 621-632, mar. 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A identificação humana por DNA pode substituir a identificação humana por impressão digital?, de Luiz Carlos Garcez Novaes – *RBCCrim* 51/237-251 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/891-902 (DTR\2004\660); e
- O perigo de vida no delito de lesões corporais, de Alberto Marino Júnior – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 5/127 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 5/127-141 (DTR\2012\1584).

Auto de resistência, biopolítica e colonialidade: racismo como mecanismo de poder

Summary execution, biopolitics and coloniality: racism as mechanism of power

Juliana Moreira Streva

Doutoranda em Direito pela Freie Universität Berlin no programa interdisciplinar "Human Rights under Pressure: Ethics, Law and Politics", com cotutela da Hebrew University of Jerusalem, 2016-2019. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), com bolsa CNPq, 2014-2016. Pesquisadora visitante no Departamento de Literatura Comparada da Brown University, 2015. Graduada em Direito pela PUC-Rio, com ênfase em Estado e Sociedade, 2008-2012.
juliana.streva@fu-berlin.de

Recebido em: 14.04.2017
Aprovado em: 06.06.2017
Última versão da autora: 17.06.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: A polícia brasileira é a que mais mata no mundo e o principal alvo dessa violência letal é o corpo jovem, negro e pobre. A partir disso, o presente artigo buscará analisar criticamente o instituto do "auto de resistência" – nome administrativo da execução sumária cometida pela polícia – por meio de uma metodologia decolonial e foucaultiana. Nesses termos, será argumentado que o racismo opera como mecanismo social de manutenção das relações coloniais de poder no Brasil, mantendo a naturalização da violência, objetificação, discriminação e extermínio dos corpos negros até os dias de hoje.

Palavras-chave: Auto de resistência – Extermínio – Racismo – Biopolítica – Colonialidade.

Abstract: The brazilian police is the one that most kill in the world and the main target of this lethal violence is the young, poor and black male body. With this context in mind, this paper intends to critically analyze the "auto de resistência" – which is the administrative name given by the summary execution committed by police – through a decolonial and foucauldian methodology. This essay aims to argue that racism operates as a power mechanism to maintain colonial relations, through violence, objectification, discrimination and extermination of black bodies until nowadays.

Keywords: Summary execution – Extermination – Racism – Biopolitics – Coloniality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Auto de resistência: aparato administrativo da violência. 3. Racismo como mecanismo colonial-biopolítico de poder. 3.1. Separação espacial-geográfica: favela e o fazer morrer. 3.2. "Em defesa da sociedade": discurso da proteção social e naturalização da violência. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O auto de resistência é o nome administrativo oficializado no Rio de Janeiro referente ao homicídio de civis perpetrado pelo braço armado do Estado.[1] Esclarece-se de início que, ainda que esse seja o recorte analítico da presente investigação, as execuções extrajudiciais não se restringem ao estado do Rio de Janeiro, ocorrendo em toda a extensão do território brasileiro.

Diante da urgente tarefa de romper com a naturalização da violência perpetrada contra a juventude negra, o presente artigo apresenta como objetivo principal a abordagem crítica do racismo estrutural e sistemático no qual a prática e a aceitação do "auto de resistência" se insere. Nesse sentido, argumentar-se-á que o discurso da proteção social e ordem vem sendo empregado para justificar e naturalizar a função assassina do Estado historicamente direcionada contra corpos negros.

Para o desenvolvimento de tal crítica, empregar-se-á a metodologia decolonial ao longo dessa investigação. Descolonizar a epistemologia significa descolonizar princípios naturalizados nos quais o conhecimento é construído. Em outras palavras, a descolonização é um projeto enraizado em histórias, experiências vividas e imperativos ético-políticos de povos colonizados. Trata-se, portanto, de um projeto de crítica sistemática e de superação dos limites e contradições da modernidade.[2]

Tal giro epistemológico decolonial apresenta de início o desafio de repensar a noção tradicional-hegemônica de tempo. Isso significa romper com a noção moderna (e colonial) de tempo cronológica e linearmente compreendido, res-

1. É também comum a utilização do termo "execuções extrajudiciais". HUMAN RIGHTS WATCH. *Força letal*: violência policial e segurança pública no Rio de Janeiro e em São Paulo. Brasil, dez. 2009. p. 17.

2. Ver MIGNOLO, Walter. Decolonizing western epistemology/building descolonial epistemologies. *Decolonizing epistemologies* – Latina/o theology and philosophy. New York: Fordham University Press, 2012. p. 22. MALDONATO-TORRES, Nelson. Epistemology, ethics, and the time/space of decolonization: perspectives from the Caribbean and The Latina/o Americas. *Decolonizing epistemologies* – Latina/o theology and philosophy. New York: Fordham University Press, 2012. p. 200 e 205.

ponsável por categorizar racionalmente a temporalidade em setores distintos e não sobrepostos (passado, presente e futuro). Ainda que tal cesura possibilitasse um extenso aprofundamento filosófico da temporalidade,[3] o presente artigo desenvolverá tal crítica a partir do conceito de colonialidade, devido à necessidade do recorte temático.

Nesses termos, colonialidade se refere ao vínculo entre passado e presente, no qual emerge um padrão de poder racializado resultante da experiência moderna colonial, que se moldura no conhecimento, na autoridade, no trabalho e nas relações sociais intersubjetivas. Logo, a colonialidade difere-se do período da colonização, tendo em vista que implica na continuidade das formas coloniais de dominação após o fim do período tido como colonizatório.[4] Em outras palavras, a crítica decolonial não se limita ao período histórico da colônia, mas faz remissão ao incessante eixo entre passado e presente, tendo em vista a continuidade das relações coloniais de poder.[5]

Assim, ao abordar criticamente o instituto do auto de resistência, o artigo buscará realizar o engendramento de pensadores decoloniais – Frantz Fanon, Achille Mbembe, Sueli Carneiro, Lélia Gonzalez, por exemplo – em um diálogo com os conceitos de biopolítica e racismo de Estado desenvolvidos por Michel Foucault.

2. Auto de resistência: aparato administrativo da violência

De acordo com os dados oficiais, entre 2001 e 2011, mais de dez mil pessoas foram mortas em suposto confronto com a polícia no Estado do Rio de Janeiro, em casos registrados como "autos de resistência".[6] Entre 2005 e 2014,

3. Para um aprofundamento do debate sobre a noção de tempo, ver August Comte, Gaston Bachelard, Henri Bergson, Martin Heidegger, Walter Benjamin, Arturo Escobar, Enrique Dussel, por exemplo.
4. Cf. QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *A colonialidade do saber*: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005; ¡Qué tal raza! *Revista Venez de Economía y Ciencias Sociales*, v. 6, n. 1, jan.-abr. 2000.
5. GOMES, Heloisa Toller. A problemática inter-racial na literatura brasileira: novas possibilidades interpretativas à luz da crítica pós-colonial. In: ALMEIDA, Júlia; RIBEIRO, Adelia Miglievich; e GOMES, Heloisa Toller (Org.). *Crítica pós-colonial*: panorama de leituras contemporâneas. Rio de Janeiro: 7Letras, 2013. p. 102.
6. Em 2012, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana publicou a Resolução 8 direcionada a abolir a designação "autos de resistência" nos registros de ocorrência

foram registrados 8.466 casos de homicídio decorrente de intervenção policial apenas no Estado do Rio de Janeiro.[7] Para ir além de uma análise numérica desse instituto, apresentar-se-á criticamente o mecanismo por meio do qual opera.

No dia 2 de outubro de 1969, o "auto de resistência"[8] foi criado oficialmente pela Superintendência da Polícia do Estado da Guanabara (atual Estado do Rio de Janeiro), por meio da Ordem de Serviço 803. Sua instauração não iniciou o exercício violento da polícia contra corpos negros, mas passou a instrumentalizar essa violência por meio de um enquadramento administrativo específico.

Tecnicamente, o procedimento dispensa a necessidade da prisão em flagrante de policiais ou da realização de inquérito nas circunstâncias previstas no artigo 292 do Código de Processo Penal (CPP) – artigo que autoriza o uso dos meios necessários para "defender-se ou para vencer a resistência" no caso de resistência à prisão em flagrante. O artigo diz ainda que deverá ser lavrado um auto subscrito mediante a presença de duas testemunhas – que são, na imensa maioria das vezes, os próprios policiais envolvidos.[9] A tipificação penal aplicada no Registro de Ocorrência é, no entanto, o "homicídio" previsto no artigo 121 do Código Penal (CP) combinado com o artigo 23 do mesmo instrumento legal, que prevê a "exclusão de ilicitude" nos casos de estado de necessidade, legítima defesa e em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.[10] Em 1974, os procedimentos a serem adotados

---

e propor regras para a investigação desses casos. Essa Resolução, mesmo sem força normativa, tem influenciado mudanças em diversos Estados brasileiros no tocante às formas de registro e apuração desses homicídios. Contudo, tais mudanças são ainda muito pequenas e insuficientes diante da complexidade do problema. Cf. ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou o meu filho*: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. p. 29. MISSE, Michel (Coord.). *Autos de resistência*: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Relatório Final de Pesquisa. Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana Universidade Federal do Rio de Janeiro. Edital MCT/CNPq 14/2009 – Universal, jan. 2011. p. 4.

7. ANISTIA INTERNACIONAL. *Força letal*…, cit., p. 6 e 31.
8. HUMAN RIGHTS WATCH. *Força letal*…, cit., p. 17. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 23.
9. MISSE, Michel. Op. cit., p. 29.
10. No artigo 292, o CPP dispõe que: "Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas". O CP define em seu artigo 25 a legítima defesa mencionada no artigo

pela Polícia Judiciária para não autuar em flagrante policiais que houvessem cometido homicídio foram detalhados por meio de portaria feita pelo Secretário de Segurança.[11]

A transição da ditadura para o regime democrático foi juridicamente consolidada com o advento da Constituição de 1988, redigida no ano do centenário da abolição da escravatura. Todavia, essa transição não conseguiu promover mudanças efetivas nas estruturas da segurança pública brasileira, mantendo a existência de corporações plenamente desalinhadas com o Estado de Direito e com as exigências de um contexto democrático plural e diverso.[12]

A segurança pública permaneceu excessivamente marcada por operações policiais repressivas, justificadas pela lógica de "guerra às drogas", que resultaram e ainda resultam em um alto número de mortos em decorrência da ação policial.[13] Assim, o "auto de resistência" se soma a uma polícia militarizada e fortalecida na ditadura, e ambas se mantêm no período chamado democrático.

Entre maio de 1995 e 1998, pode-se notar um crescimento dramático do número de execuções policiais consideradas como "derivadas de resistência". Curiosamente, esse aumento coincidiu com o período de incentivo público a medidas violentas e assassinas da polícia por meio de promoções e gratificações que podiam chegar a 150% do salário.[14] No mínimo, as evidências sugerem que a "bravura" era entendida como a execução sumária de "suspeitos de crimes", que na maior parte das vezes era realizada em detrimento do jovem, negro, pobre, morador de favela, assim como apontam os exames dos relatórios da polícia e do Instituto Médico Legal (IML).[15]

O secretário de governo da época defendia publicamente que a medida era uma forma de aumentar a "produtividade" das forças policiais. A produtivida-

---

23 como uma das hipóteses de exclusão de ilicitude: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem". MISSE, Michel. Op. cit., p. 29-30. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 28. Ver também VERANI, Sérgio. *Assassinatos em nome da lei*. Uma prática ideológica do direito penal. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996. CANO, Ignacio. *Letalidade policial no Rio de Janeiro*: a atuação da justiça militar. Rio de Janeiro: ISER, 1998.

11. MISSE, Michel. Op. cit., p. 28-29. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 28.
12. HUMAN RIGHTS WATCH/Américas. *Brutalidade policial urbana no Brasil,* abr. 1997. p. 18.
13. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 11.
14. HUMAN RIGHTS WATCH/Américas. Op. cit., p. 23 e 28.
15. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 24.

de policial era compreendida, assim, como o extermínio físico de determinados corpos. Em entrevista concedida em agosto de 1996, o mesmo secretário recusou-se a considerar a recomendação de restringir as gratificações salariais e promoções por bravura apenas para a situação em que não houvesse morte de civis, afirmando que "bandido não é civil".[16]

Nesse cenário, pode-se constatar que o sistema de promoção por bravura tornou a violação dos corpos negros e pobres mais do que um objetivo regular da violência institucional, como um mérito retribuível financeiramente ao executor. Diante de tais incentivos, houve um aumento 600% no número de civis mortos pela polícia militar durante a vigência das gratificações, gerando uma verdadeira "produção serial de mortes".[17] Para ilustrar o funcionamento de tais medidas, cita-se um caso mencionado no relatório da *Human Rights Watch* de 1997:

> O relatório policial descreve um tiroteio entre as forças policiais e os "elementos". Segundo a polícia, durante o tiroteio, a polícia feriu um dos suspeitos (…) e o levou ao Hospital Municipal Miguel Couto, onde ele morreu. Em 18 de outubro de 1995, uma comissão especial de investigação recomendou a promoção por bravura dos cabos (…). O resumo dos eventos no relatório da comissão reitera o breve histórico do boletim de ocorrência sobre o incidente. O relatório do médico-legista sobre o caso conclui que (...) recebeu três tiros na têmpora, todos numa circunferência de não mais de cinco centímetros. Legistas consultados pela Human Rights Watch/Americas acharam que a descrição dos ferimentos no relatório do IML é condizente com uma execução não com um tiroteio.[18]

Até março de 1996, a Polícia Militar teria autorizado oficialmente o pagamento de 257 gratificações por bravura. Segundo relatórios da imprensa da época, dos 23 policiais condecorados por bravura em cerimônia no ano de 1996, 16 haviam participado de supostos tiroteios que resultaram em nove mortes. Nas palavras do coronel de polícia da época: "muitos policiais se lançam para ser promovidos e ganhar mais. São verdadeiros caçadores de recom-

16. HUMAN RIGHTS WATCH/Américas. Op. cit., p. 15, 24 e 25.

17. HUMAN RIGHTS WATCH/Américas. Op. cit., p. 23, 26 e 28. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Dissertação de mestrado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 170.

18. HUMAN RIGHTS WATCH/Américas. Op. cit., p. 24-25.

pensa".[19] Fica evidente, portanto, que a execução diária de jovens negros perpetrada pelo abuso de força e poder da polícia não diz respeito a erro, mal preparo ou um mero incidente policial, mas sim de um problema estrutural, colonial e racista brasileiro.

Para analisar essa estrutura que se mantém ativa nos dias de hoje, recorre-se ao conceito de sociedade biopolítica e, posteriormente, de racismo de Estado do pensador francês Michel Foucault. Tal leitura será perpassada pela literatura decolonial ou pós-colonial principalmente do pensador martinicano Frantz Fanon, como também de Achille Mbembe, Lélia Gonzalez e Paul Gilroy, por exemplo.

3. Racismo como mecanismo colonial-biopolítico de poder

Segundo Foucault, na virada do século XVIII para o XIX, emerge um poder que assume de forma massificante a vida, denominado biopolítica. Ocorre nesse período uma estatização dos fenômenos globais da população, considerada como uma das mais profundas transformações do direito político do século XIX.[20]

No curso *Em defesa da sociedade*, Foucault esquematiza três elementos fundamentais e interligados engendrados no estudo desse novo poder biopolítico, que são: a população, os seus fenômenos e a sua regulamentação.[21]

A população constitui um personagem novo, desconhecido pela teoria do direito e pela prática disciplinar.[22] Ela não é algo dado ou fixo, como seria a

19. HUMAN RIGHTS WATCH/Américas. Op. cit., p. 26.

20. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvao. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 203 e 210-211. O termo "biopolítica" não foi criado por Foucault, como bem aponta Roberto Esposito, mas sim ressignificado em sua obra. Rudolf Kjellén, conhecido por ter cunhado o termo "geopolítica", teria sido também o primeiro a empregar "biopolítica", que apresenta uma propensão racista e colonizadora. Apesar disso, Foucault aponta Moheau como nome referente ao primeiro grande teórico da biopolítica, citando o livro *Estudos sobre a população,* de 1778. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população.* Curso dado no Collège de France (1977-1978). Edição estabelecida por Michel Senellart, sob direção de François Ewald e Alessandro Fontana. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 29. ESPOSITO, Roberto. *Bíos*: biopolitics and philosophy. Translated and with and Introduction by Timothy Campbell. London and Minneapolis: University of Minnesota Press, 2008. Originalmente publicado como *Bíos*: biopolítica e filosofia, Turin: Giulio Einaudi, 2004. p. 13-17.

21. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*, cit., p. 206-208.

22. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*, cit., p. 88.

mera junção numérica dos corpos individuais, mas sim compreendida como um fator passível de alterações relacionadas a variáveis das quais depende, como o clima, o entorno material, a intensidade do comércio e da atividade de circulação das riquezas e as leis a que é submetida. A população é um novo corpo, um corpo múltiplo, que é abordado pela biopolítica como um problema político, científico, biológico e de poder.[23]

Outro elemento importante é a natureza dos eventos levados em consideração. Trata-se de fenômenos coletivos frutos da população que só aparecem como seus efeitos econômicos e políticos. Tais fenômenos que seriam caracterizados como aleatórios e imprevisíveis sob o viés individual são constantes e de série ao serem tomados no plano coletivo.[24]

O terceiro e último elemento da biopolítica são os mecanismos de previsões, estimativas estatísticas e medições globais, por exemplo. Sua função é a de estabelecer mecanismos reguladores que vão fixar um equilíbrio, manter uma média, assegurar compensações nessa população global com seu campo aleatório inerente a uma população de seres vivos. Busca-se, assim, otimizar um estado de vida, assegurando uma regulamentação que intervém para fazer viver, na maneira de viver e no "como" da vida – que pode ser ilustrada pela vacina, previdência social, campanhas sobre reprodução, entre outras medidas.[25]

Pode-se argumentar que a assunção da vida pelo poder se insere nos tecidos de poder brasileiro após os primeiros instantes republicanos.[26] Nesse momento, emerge o discurso de limpeza social por meio da urbanização, campanhas de vacinação, criação de institutos voltados à produção de dados e estatísticas populacionais, como o IBGE – que trazia o lema brasileiro de modernização de "governar com número"–[27] e o Instituto Nacional de Estatística (INE). Esses são apenas alguns dos exemplos entre tantas outras medidas que vão desde o apogeu da República até as mais recentes ingerências populacionais, como o programa social nomeado "Bolsa família".

---

23. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*, cit., p. 92-93. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade,* cit., p. 206.
24. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade,* cit., p. 206-207.
25. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade,* cit., p. 210.
26. FLAUZINA, Ana Luiz Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*…, cit., tópico 3.1.
27. GOMES, Angela de Castro. População e sociedade. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (Dir.); e GOMES, Angela de Castro (Coord.). *Olhando para dentro 1930-1964*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. (Coleção História do Brasil Nação: 1808-2010, v. 4.) p. 44-45.

Além das mencionadas regulamentações, argumenta-se aqui que os ajustamentos dos fenômenos populacionais ocorreram também por meio da política imigratória e do projeto de branqueamento adotados oficialmente.[28] Ambos os projetos eugênicos e discriminatórios foram voltados para "uma estratégia de promoção dos grupos raciais considerados adequados para sustentar o processo de modernização econômica".[29]

Projetos de gerenciamento populacional operados por meio da miscigenação tinham como objetivo assumido publicamente o desaparecimento dos negros e negras da sociedade brasileira, transformando-a em uma sociedade "mais branca". A normalização estética branca foi assim tomada como programa de Estado, engendrando profundamente a prática de normalização do poder disciplinar com a regulamentação do biopoder.

Conforme argumentam Achille Mbembe, Scott Morgensen, Ann Laura Stoler e Alexander Weheliye, o biopoder moderno é um produto do mundo colonial e da racialização impostos pelo colonialismo.[30] Segundo Morgensen, a especificidade da biopolítica em relação ao colonialismo foi a generalização das táticas modernas de relações de poder, que se proliferam ao naturalizar as condições coloniais.[31] Similarmente, Mbembe defende que qualquer análise histórica da emergência do terror moderno necessita olhar para a escravização, tendo em vista que o período escravocrata pode ser considerado como uma das primeiras instâncias de experimentação da biopolítica. Logo, a raça é tida como

28. Ver HOFBAUER, Andreas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. 2. reimpr. São Paulo: Editora Unesp, 2006. p. 20-21. SKIDMORE, Thomas *Preto no branco*: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro, 1870-1930 [1993]. Trad. Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 64. ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de. *O jogo da dissimulação* – Abolição e cidadania negra no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 101. AZEVEDO, Celia Maria Marinho. *Onda negra, medo branco*: o negro no imaginário das elites – século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 199.

29. CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Tese de Doutoramento em Educação. São Paulo: FEUSP, 2005. p. 75.

30. MBEMBE, Achille. *Necropolitics*. Translated by Libby Meintjes. Public Culture. Durham: Duke University Press, 2003. MORGENSEN, Scott Lauria. *The biopolitics of settler colonialism*: right here, right now. Settler Colonial Studies, 2011. WEHELIYE, Alexander G. Habeas viscus: racializing assemblages, biopolitics, and black feminist theories of the human. Durham and London: Duke University Press, 2014. p. 38. STOLER, Ann Laura. *Race and the education of desire:* Foucault's history of sexuality and the colonial order of things. Durham and London: Duke University Press, 1995. p. 29.

31. MORGENSEN, Scott Lauria. Op. cit., p. 55, 58 e 69.

fator crucial da violência no estado biopolítico, sendo considerada a primeira síntese entre massacre e burocracia da racionalidade ocidental moderna.[32]

Evidencia-se, portanto, que o amalgamamento da vida pelo poder não se resume ao fazer viver ou à otimização de um estado de vida. O outro lado da moeda da biopolítica seria o racismo de Estado, considerado por Étienne Balibar como o fenômeno crucial que o conceito de biopoder se propôs a explicar.[33]

O racismo de Estado em muito se diferencia do racismo simples e tradicional definido pelo desprezo e ódio entre raças. De forma que acreditamos aproximada, Fanon, antes mesmo de Foucault, reconhece que o racismo teve que mudar de fisionomia ao longo do tempo, indo do racismo simplista que pretendia encontrar no biológico à base material de sua doutrina para uma argumentação mais refinada.[34]

O aperfeiçoamento dos meios modernos de produção acarretou na camuflagem das técnicas de exploração dos indivíduos subalternizados e, por conseguinte, das formas de racismo. Nesse sentido, o conceito de racismo de Estado é muito mais profundo e complexo do que uma velha tradição ou uma nova ideologia, tendo em vista que está ligado a uma técnica de poder que opera como mecanismo de Estado, e não apenas por práticas individuais.

Feitas tais considerações, cabe avançar na investigação em direção à análise das duas funções complementares do racismo de Estado, que serão costuradas a uma abordagem crítica da realidade brasileira.

3.1. Separação espacial-geográfica: favela e o fazer morrer

A primeira função do racismo de Estado, segundo Foucault, seria distinguir e separar os que devem viver (fazer viver) e os que devem morrer (fazer morrer) em uma sociedade.[35] Argumenta-se aqui que essa noção se aproxima

32. MBEMBE, Achille. Op. cit., 2003. p. 18, 21-23.

33. BALIBAR, Étienne. Foucault and Marx: the question of nominalism. In: ARMSTRONG, Timothy J. (Trad. e Ed.). *Michel Foucault philosopher*. New York: Routledge, 1992. p. 41-42. STOLER, Ann Laura. Op. cit., 1995. p. 21.

34. Cf. FANON, Frantz. Racismo e cultura [1956]. In: FANON, Frantz. *Em defesa da revolução africana*. Texto da intervenção de Frantz Fanon no 1º Congresso dos Escritos e Artistas Negros em Paris, em setembro de 1956. Publicado no número especial de *Présence Africaine,* jun.-nov. 1956. Trad. Isabel Pascoal. Terceiro Mundo. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1980. p. 37.

35. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade,* cit., p. 214.

do que Fanon chama de zona do ser e do não ser no livro *Peau noire, masques blancs,*[36] paralelo decolonial que será argumentado ao longo da análise.

O racismo fragmenta a sociedade efetuando uma distinção racial, acompanhada de uma hierarquização e qualificação binária entre superiores e inferiores.[37] Na leitura de Achille Mbembe, essa função pressupõe a distribuição da espécie humana em grupos, em subdivisões da população, assim como no estabelecimento de uma cisão biológica entre uns e "outros".[38]

Pode-se oferecer uma cronologia não eurocêntrica da primeira função do racismo de Estado, levando em consideração que essa subdivisão racial da sociedade antecede o marco temporal mencionado por Foucault como sendo a metade do século XIX.[39] Isto pois, o racismo de Estado biopolítico encontra-se embrenhado com as relações de poderes soberano e disciplinar, sendo possível visualizá-lo por meio do superpoder soberano de matar (escravização) e na emergência da ordem disciplinar da normalização (abolição da escravização e início do trabalho livre), levando-o ao sofisticamento do poder de matar no Estado biopolítico. Sob esse viés analítico, Sueli Carneiro elucida:

> (…) esse eu, no seu encontro com a racialidade ou etnicidade, adquiriu superioridade pela produção do inferior, pelo agenciamento que esta superioridade produz sobre a razoabilidade, a normalidade e a vitalidade. Podemos afirmar que o dispositivo de racialidade também será uma dualidade entre positivo e negativo, tendo na cor da pele o fator de identificação do normal, e a brancura será a sua representação. Constitui-se assim uma ontologia do ser e uma ontologia da diferença, posto que o sujeito é, para Foucault, efeito das práticas discursivas.[40]

Conforme menciona Étienne Balibar no texto *Existe um neo-racismo?*, o racismo se inscreve nas práticas (formas de violência, despreço, intolerância, humilhação, exploração), discursos e representações (necessidade de purificar o corpo social, de preservar a identidade do "eu" e do "nós", diante de qualquer perspectiva de promiscuidade, mestiçagem, invasão), que se articulam em torno de estigmas de alteridade (nome, cor de pele, práticas religiosas,

36. FANON, Frantz. *Black skin, white masks* [1952]. Translated by Richard Philcox. New York: Grove Press, 2008. p. xii.

37. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade,* cit., p. 215-216.

38. MBEMBE, Achille. Op. cit., p. 16-17.

39. STOLER, Ann Laura. Op. cit., p. 26-27.

40. CARNEIRO, Aparecida Sueli. Op. cit., p. 42.

por exemplo). Prossegue explicitando que o racismo também organiza sentimentos, conferindo-lhes formas estereotipadas, tanto a seus "objetos" quanto a seus "sujeitos". Essa combinação de práticas, de discursos e representações formam uma "rede de estereótipos afetivos", fator esse que permite averiguar a formação da comunidade racista.[41] Em sua análise, o conceito do racismo é interpretado pelo viés colonial ao reconhecer que "o novo racismo é um racismo da época da 'descolonização'", isto é, o neorracismo é fruto da colonialidade que se mantém.[42]

Nesse sentido, o racismo é entendido como "qualquer fenômeno que justifique as diferenças, preferências, privilégios, dominação, hierarquias e desigualdades materiais e simbólicas entre seres humanos, baseado no conceito de raça".[43] Em diálogo com os conceitos de racismo biológico e novo racismo, Schucman pontua:

> O racismo biológico procura sustentar os argumentos para justificar as hierarquias sociais no conceito de raça, enquanto conjunto de características físicas herdadas (cor do cabelo, pele, nariz etc). Já o racismo cultural nomeado como novo racismo ou racismo diferencialista por teóricos como Taguieff, Balibar e Gilroy apresenta-se como um "racismo sem raça", um racismo que justifica as hierarquias sociais através de uma ideia essencialista de cultura em que as diferenças linguísticas, religiosas e de modos de vida de diferentes grupos são significadas como inferiores ou inassimiláveis à cultura dominante. No entanto, apesar de a justificativa desse argumento ser traduzida em termos culturais, esse racismo está intrinsecamente ligado à noção de racismo biológico na medida em que a cultura dos grupos é naturalizada e hierarquizada como superior e inferior e necessariamente associada aos corpos biológicos dos indivíduos desses grupos.[44]

Acompanhamos Schucman no entendimento de que não há necessidade de um conceito de raça legitimado pela ciência para que exista o racismo. As formas de legitimação social e discursiva sobre as diferenças humanas sofre-

41. BALIBAR, Etienne. ¿Existe un neorracismo? In: BALIBAR, E.; WALLERSTEIN, I. *Raza, nación y clase*. Madrid: IEPALA, 1988. p. 32.
42. Ibidem, p. 37.
43. SCHUCMAN, Lia Vainer. *Entre o "encardido", o "branco" e o "branquíssimo"*: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. São Paulo: Tese Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Área de Concentração: Psicologia Social – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 2012. p. 41.
44. Ibidem, p. 42.

ram alterações, bem como os mecanismos que mantêm, até os dias de hoje, as posições de poder e os privilégios entre brancos e não brancos.[45] No mais, esclarece-se que o racismo não se confunde com outras formas interseccionais de discriminação e opressão, como gênero, sexualidade, classe econômica. Diferentemente, o racismo se engendra e se complexifica com esses fatores.[46]

O presente artigo sustenta que corpo negro foi e continua a ser inserido na zona do não ser, do fazer morrer, e essa cisão operada pelo racismo de Estado não opera apenas sob a forma cultural, social e política, como também se manifesta pela modalidade espacial-geográfica.

Conforme denuncia João Vargas, o lugar geográfico espacial da cidade passa a ser o indicador do semblante racial, sem precisar referir-se explicitamente a ele. O espaço urbano ocupado pelas favelas se transformou em uma metáfora, isto é, em um código implícito de indicação da negritude.[47]

Diante do contexto discursivo da democracia racial, Vargas aponta como sintomática no Brasil a frequente negação da importância ou até mesmo da validade do fator racial como ferramenta analítica. Segundo esse discurso, a raça não desempenharia um papel central na determinação das relações sociais brasileiras, em suas hierarquias ou na distribuição de poder e recursos, tendo em vista que já teríamos superado o racismo com o fim da escravatura.[48] Este artigo se propõe a romper com tal invisibilização produzida pela equivocada noção de democracia racial, apontando a relação entre raça, classe, espaço e violência.

Nesse sentido, Vargas explicita quatro fatores da correlação entre pobreza e raça que engendrariam a tríade lugar-pobreza-raça. Em suas palavras:

> [P]rimeiro, a pobreza está conectada à raça e, mantendo-se outras variáveis sociais constantes (tais como educação, experiência profissional e idade), negras/os têm sistematicamente renda menor e menos patrimônio que brancos. Segundo, a pobreza está relacionada ao espaço urbano – as áreas habitadas pelos pobres são aquelas onde os serviços básicos (tais como transporte, esgoto e água corrente) assim como a presença de bens de consumo duráveis (como geladeiras e fogões) estão em falta ou presentes em menor

45. Ibidem, p. 43.

46. Cf. CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, v. 43:1241, 1991. p. 1249.

47. VARGAS, João H. Costa. *Never meant to survive*: genocide and utopias in black diaspora communities. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2008. p. 112-113 e 117.

48. Ibidem, p. 102.

> número e/ou são de pior qualidade do que aqueles existentes nos bairros de classe média e classe média-alta. Terceiro, os padrões de ocupação do espaço urbano são influenciados por raça na mesma medida em que as áreas para as quais os pobres são relegados são desproporcionalmente ocupadas por negras/os. E, quarto, noções de espaço urbano influenciam entendimentos sobre raça na medida em que se espera que áreas urbanas distintas do ponto de vista de renda e classe social correspondam a grupos raciais diferentes. Daí a percepção comum no Brasil de que, se uma pessoa é moradora de favela, ele ou ela deve ser não-branco/a.[49]

A existência de um espaço neutro, prontamente transparente, é assim irreal. O espaço está sendo aqui compreendido como um produto social, perpassado por relações hierarquizadas por fatores econômicos e sociais, que se relacionam diretamente na questão racial discriminatória brasileira.[50]

Conforme aponta Vargas: "todos os espaços urbanos são produtos de lutas históricas de poder, e as relações sociais derivadas de tais lutas tornam-se espacializadas de acordo com a ordem política hegemônica";[51] e ainda: "raça e espaço urbano são componentes essenciais de um senso comum hegemônico que sustenta e se alimenta da marginalização histórica imposta aos negros".[52] Argumenta-se aqui que a construção do espaço urbano da cidade do Rio de Janeiro apresenta um abismo social e econômico, marcadamente racial, entre favela e asfalto, zona sul e zona norte, desempenhando a primeira função do racismo de Estado: segregar grupos no corpo social. Função que possibilita o desenvolvimento do segundo mecanismo do racismo, que será agora abordado.

3.2. "Em defesa da sociedade": discurso da proteção social e naturalização da violência

De acordo com Foucault, a segunda função do racismo de Estado seria produzir uma relação positiva por meio do discurso de proteção social voltado a legitimar o extermínio de determinado grupo. Os inimigos a serem eliminados

49. VARGAS, João H. Costa. *Apartheid* brasileiro: raça e segregação residencial no Rio de Janeiro. Center for African and African American Studies Department of Anthropology, University of Texas. *Revista Antropologia*, São Paulo, v. 48, n. 1, jan.-jun. 2005. p. 102.

50. Cf. LEFEBVRE, Henri. *The production of space*. Oxford: Blackwell Publishing, 1991. KOWARICK, Lúcio. Favela como fórmula de sobrevivência.*A espoliação urbana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p. 80.

51. VARGAS, João H. Costa. *Apartheid* brasileiro…, cit., p. 92.

52. Ibidem, p. 80.

não são mais os adversários no sentido político do termo, mas os considerados perigosos interna ou externamente à população.[53]

Logo, a segunda função do racismo é a de fundamentar o poder assassino do Estado em detrimento da raça tida como inferior, em prol da proteção e do fortalecimento da vida geral.[54] Assim, a percepção da existência do "Outro" como uma ameaça à vida individual, como um perigo cuja eliminação fortaleceria a potência de viver e a segurança, faz parte do imaginário da soberania da própria modernidade, e é chamado por Achille Mbembe de "necropolítica".[55] O racismo é, portanto, a condição de aceitabilidade do exercício soberano de fazer morrer na sociedade biopolítica.

Analisaremos agora a forma pela qual esse discurso pautado em legitimar o extermínio do "Outro" é empregado no Brasil por meio da prática procedimental do instituto do auto de resistência.

Conforme já argumentado, a cisão entre uns e outros pode ser vislumbrada no Rio de Janeiro como uma divisão social, cultural, econômica, política e espacial. O papel desempenhado pela polícia deixa de ser relativo à proteção e passa a ser o de reprimir, violentar e amedrontar os corpos negros. Tal conduta é operada por meio do discurso dominante da ordem e segurança que justifica a atuação desse aparelho repressivo ao codificar os corpos negros como *per se* perigosos.[56] Para ilustrar tal ponto, a Escola de Polícia de São Paulo apresentava a seguinte inscrição gravada: "Um negro parado é suspeito; correndo, é culpado".[57]

Quanto à noção colonial de violência e espacialidade, Fanon denuncia que o/setor dos subalternizados era mantido sob vigilância de frequentes intervenções policiais, mantendo-o próximo do escrutínio da violência e de armas. Descreve que "os agentes do governo usam uma linguagem de pura violência"[58], sem ali-

53. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade,* cit., p. 215.

54. Ibidem, p. 215-216.

55. MBEMBE, Achille. Op. cit., p. 18 e 39.

56. GONZALEZ, Lélia. O movimento negro na última década. In: GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. *Lugar de negro*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982. p. 15-16. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, set.-dez. 2007. p. 550 e 566.

57. CHAUI, Marilena. Cultura popular e autoritarismo. *Conformismo e resistência*: aspectos da cultura popular no Brasil. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 56.

58. FANON, Frantz. *The wretched of the Earth* [1961]. Trad. Richard Philcox, com comentário de Jean-Paul Sartre e Homi K. Bhabha. Título original: *Les damnés de la Terre*. New York: Grove Press, 2004. p. 4.

viar a opressão ou esconder a dominação, trazendo a violência para "dentro das casas e mentes dos sujeitos colonizados".[59] Sobre esse fator, apontamos para a colonialidade da violência ao trazer a voz direta de moradores de favelas do Rio de Janeiro que, anonimamente, denunciam semelhante situação:

> – Viver na favela é viver em linha de risco direto, é você ser (…) um alvo constante.
>
> – (…) [a] vida que a gente vive no cotidiano de violência, violência física, violência moral, violência em todos os sentidos.
>
> – Você manda o garoto comprar o pão e fica pedindo a Deus para ele voltar em segurança. Ele só foi ali comprar o pão!
>
> – O fato de ser comunidade de baixa renda, ou melhor, favela. Entram [os policiais] de forma violenta, (…) entraram com violência sempre (…).
>
> – Os policiais não respeitam os moradores (…). Já chegam atirando.[60]

Nesses termos, Vargas denúncia a força policial como presença historicamente ofensiva e persistente nas favelas brasileiras. Esse fator comprovaria a natureza conflituosa dos espaços urbanos excludentes e profundamente racializados.[61] Flauzina conclui que, por meio do policiamento ostensivo realizado nos bairros pobres, seus habitantes têm sua liberdade de movimentação restringida e elevadas chances de criminalização. Assim, o estereótipo da deliquência vem sendo construído e vinculado à imagem do corpo negro ao longo de toda a história do País.[62]

Sob o viés prático do auto de resistência, a violência perpetrada pela força policial é dotada de presunção de legítima defesa. Explica-se que, quando um caso de assassinato cometido pela polícia é levado ao conhecimento do poder público, o procedimento desse instituto acarreta na feitura do Registro de Ocorrência (RO) pelo próprio policial – militar (PM) ou civil –[63] que cometeu

59. Ibidem, p. 4.

60. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Op. cit., p. 555-557 e 565.

61. VARGAS, João H. Costa. *Apartheid* brasileiro…, cit., p. 92-93. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Op. cit., 2007. p. 562.

62. FLAUZINA, Ana Luiz Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*…, cit., Tópico 2.5. BRETAS, Marcos Luiz. Slaves, free poor and policemen: Brazil. In: EMSLEY, Clive; KNAFLA, Louis A. (Ed.). *Crime history and histories of crime*: studies in the historiography of crime and criminal justice in modern history. London: Greenwood Press, 1996. p. 259.

63. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 24-25.

o homicídio em alegada legítima defesa. O assassinato da pessoa que teria resistido à prisão passa a receber a classificação de "Homicídio Proveniente de Auto de Resistência" ou "Homicídio Decorrente de Intervenção Policial". Essa classificação não constitui um novo tipo penal, mas sim uma categoria administrativa feita pela própria polícia.[64]

Após esse registro, a versão policial – isto é, a do autor do homicídio – passa a ser presumida como verdadeira pelos encarregados da investigação. Isso faz com que a investigação seja direcionada para corroborar com a versão oficial, em vez de analisar devidamente a veracidade ou não dos fatos alegados.[65] Segundo pesquisa coordenada pelo professor Michel Misse, em 2011, em entrevista "[u]m policial explicou que é complicado duvidar da palavra de um colega que participa com ele de ações nas ruas e os ajuda a prender criminosos, colaborando com o trabalho da polícia civil".[66]

Tampouco os delegados costumam contrariar as versões dos policiais militares, pois precisariam da parceria deles em muitas investigações. "O trabalho do delegado depende do trabalho do PM. Eles precisam um do outro. Então o delegado não pode ir contra os PMs. Se eles não tiverem boa relação, fica complicado para o delegado", reconhece um promotor.[67]

Somado a isso, em entrevista realizada pela Anistia Internacional, um delegado de polícia afirmou: "A palavra do policial é o Estado falando. Tem veracidade. Ele está ali imbuído de uma função pública. A princípio, a declaração do policial é considerada verdade dentro da investigação".[68]

Nesse sentido, apesar de ser conhecida a autoria do crime desde o início da investigação, "não há indiciamento nem prisão em flagrante do autor, pois parte-se do princípio de que ele atuou legalmente, evitando-se, assim, possíveis sanções disciplinares".[69]

---

64. MISSE, Michel. Op. cit., p. 28-29.
65. MISSE, Michel. Op. cit., p. 4, 36, 38-39 e 130. ONU. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias Dr. Philip Alston. Adendo Missão ao Brasil. Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais incluindo o Direito ao Desenvolvimento. 11. Sessão. 3º Item da Agenda, A/HRC/11/2/Add.2, 29 de agosto de 2008. p. 16.
66. MISSE, Michel. Op. cit., p. 46.
67. Ibidem, p. 46.
68. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 72.
69. MISSE, Michel. Op. cit., p. 40.

Como consequência lógica da presunção de veracidade da versão policial, destaca-se a segunda característica basilar da prática do auto de resistência: desenvolvimento de investigação direcionada a criminalizar a vítima por seus supostos crimes passados, para se afastar a punibilidade policial.

A investigação criminal não busca descobrir como ocorreu o homicídio perpetrado pelo policial – que implicaria na produção de provas relativas às testemunhas oculares, perícias, depoimentos de moradores e familiares –, mas tão somente investigar a vida pregressa e moral da vítima. Para ilustrar tal elemento, apresenta-se aqui trecho de processo referente à execução de três homens jovens (18, 19 e 20 anos) registrado como "Homicídio Proveniente de Auto de Resistência":

> Os Autos de Exames Cadavéricos apontam que os jovens tiveram os seguintes ferimentos: 1) 3 tiros, sendo dois na cabeça; 2) 5 tiros, sendo um na cabeça e outro no peito; e 3) 5 tiros, sendo um no peito. (…) o inquérito foi desenvolvido com o objetivo de se investigar os mortos, e não as mortes. Nesse caso, os mortos sequer tinham antecedentes criminais, mas eles foram associados a condutas criminosas a partir dos depoimentos. Com o Relatório da delegada, as suspeitas e comentários sobre o comportamento de cada uma das vítimas tornaram-se indícios de que os três eram "criminosos" e, portanto, deveriam estar fazendo algo errado naquela manhã. Com a arrecadação de três revólveres e os depoimentos dos parentes, a polícia civil considerou que ficou comprovada a hipótese levantada pelos PMs de que um dos jovens havia atirado contra a viatura e teria havido confronto, apesar de a viatura não ter sido atingida e, até aquele momento, nenhuma prova pericial comprovasse tal versão.[70]

Os números de disparos efetuados e de balas alojadas em seus corpos em localização letal (cabeça e peito) indicam o intuito de matar da ação policial. Segundo a lógica descrita no processo, ainda que os jovens não tivessem antecedentes criminais, a existência de indícios que pudessem levantar qualquer dúvida sobre a moralidade de seus comportamentos foi considerada como fator suficiente para justificar as execuções.

Outro exemplo desse tipo de investigação pode ser percebido no relato de audiência citado abaixo, no qual a mãe da vítima se apresenta para depoimento:

> *Mãe:* Eu queria saber porque eu tenho que estar aqui se eu não acusei ninguém. Eu não fiz nada. Eu nem queria ter que vir aqui.

70. MISSE, Michel. Op. cit., p. 49-52.

> *Juiz:* A senhora não precisa ficar nervosa. Ninguém aqui está dizendo que a senhora acusou alguém. Nós sabemos disso. Fique calma.
>
> *Promotor:* Deixa eu explicar para a senhora. A senhora foi chamada para testemunhar porque nós queremos saber quem era o seu filho. Queremos saber se o seu filho era vagabundo, se era viciado, se trabalhava, se tinha casa. Isso tudo é importante de saber. Quando alguém morre dessa forma, nós precisamos saber quem era a pessoa. Por isso nós chamamos os parentes para virem até aqui e prestarem essas informações.
>
> *Advogado:* Olhe, eu estou aqui na posição de advogado dos policiais, estou defendendo esses homens sérios, e preciso saber quem era o seu filho, por onde ele andava, com quem, porque eu sei o que o meu filho faz, para onde ele vai. Agora ele está aqui comigo, trabalhando (*aponta para o seu assistente)*. Então eu quero saber se o seu filho era bandido (…).[71]

A partir desse trecho, fica nítido que "saber quem era a vítima" é a questão tomada como alvo dos depoimentos em busca de justificar se a pessoa "merecia morrer ou não".[72]

71. Ibidem, p. 85.

72. O pensador Giorgio Agamben costuma ser frequentemente mencionado em sua leitura de Foucault acerca do poder soberano e biopolítico, principalmente por meio de seu conceito de "vida nua", *homo sacer* ou "vida matável". Contudo, reconhece-se aqui a problematicidade da aplicação de tais conceitos, tendo em vista que tiveram como base um contexto vinculado à história romana, e como foco a experiência do holocausto e dos campos de concentração considerados uma violência sem precedentes, inauguradora da modernidade – argumento que o presente trabalho se afasta. Por meio dessa visão eurocêntrica, Agamben ignora a experiência colonial e afirma sem quaisquer ponderações que "o campo é apenas o local onde se realizou a mais absoluta *conditio inhumana* que se tenha dado sobre a Terra" (1995, p. 162). Ainda, segundo Agamben, "hoje não existe mais uma figura pré-determinável do homem sacre, é, talvez, porque somos todos virtualmente *homines sacri*" (1995, p. 113). A linha argumentativa de Agamben vai na contramão do sustentado pelo presente trabalho que analisa o caso brasileiro de racismo institucionalizado, segundo o qual as execuções policiais são cometidas em detrimento de grupos muito específicos: jovens, negros, pobres, moradores de favela. Logo, este ensaio afasta tais noções do filósofo italiano devido ao fato de não ser possível sustentar, no contexto brasileiro de extermínio negro institucional, que qualquer um de nós estaria sujeito a ser *homo sacer*. Isso significaria ignorar ou invisibilizar o histórico racista de extermínio no País. Sobre os conceitos empregados por Agamben em sua trilogia, ver AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer* – O poder soberano e a vida nua I (1995). Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG Humanitas, 2010; *Estado de exceção – Homo sacer* II, I (2003). Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. rev., 1. reimpr. São Paulo: Boitempo, 2004; *O que*

Logo, em processos como esse, a vítima é quem figura no banco dos réus, tendo em vista o teor dos questionamentos e da investigação. Longe de se limitar à ação policial, esse entendimento permeia os poderes do Estado (Poder Judiciário e Ministério Público, por exemplo), podendo ser exemplificado pela sentença na qual o juiz equivocadamente chamou a vítima de "réu", afirmando que "o réu costumava andar armado" ao se referir ao jovem executado. Tal inversão demonstra o lugar conferido à vítima durante o processo de investigação do auto de resistência.[73]

Os discursos interpessoais, institucionais e midiáticos perpetuam uma narrativa, frequentemente tácita, que inferioriza e marginaliza os(as) negros(as) moradores de favelas de maneira estrutural e sistemática, associando-os diretamente ao crime e ao perigo, gerando um medo que é difundido para grande parte dos não moradores de favelas. Logo, pode-se ver com clareza a tentativa de legitimar o exercício do poder soberano de matar na sociedade biopolítica brasileira, perpassando não apenas as instituições, como também a população que clama por sua suposta proteção e fortalecimento contra o perigo, o corpo tido *a priori* como criminoso devido à sua cor de pele e localidade.

Esse movimento de atribuir ao corpo negro a presunção de culpa e de periculosidade é denunciada por Fanon por meio de uma narrativa dolorosamente pessoal. Destacamos o trecho pela potência de suas palavras ao relatar o sentimento de ter o seu corpo desmantelado por estereótipos racistas:

> Mamãe, olhe um preto, estou com medo! Medo! Medo! Agora eles estão começando a ter medo de mim. Quis gargalhar até sufocar, mas isso tornou-se impossível. Eu não aguentava mais (…). Então o esquema corporal, atacado em vários pontos, desmoronou, cedendo lugar a um esquema epidérmico racial. No movimento, não se tratava mais de um conhecimento de meu cor-

---

resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha – *Homo sacer* III (1998). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008 (Coleção Estado de Sítio). No mesmo sentido crítico aqui adotado, ver SILVA, Denise Ferreira da. Ninguém: direito, racialidade e violência. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, jan.-jun. 2014. p. 107-108 e 111. PELBART, Peter Pál. Foucault *versus* Agamben? *Revista Ecopolítica*, São Paulo, n. 5, jan.-abr. 2013. p. 14. WEHELIYE, Alexander G. Op. cit.; MORGENSEN, Scott Lauria. Op. cit.; BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Who sings the nation-state?* Language, Politics, Belonging. Utah: Seagull Books, 2007. p. 8-9. Ainda assim, autores como Achille Mbembe relacionam a noção de biopolítica de Foucault com o conceito de "estado de exceção" e "estado de sítio" de Agamben para pensar sobre a colonização. Ver MBEMBE, Achille. Op. cit.

73. MISSE, Michel. Op. cit., p. 97.

> po na terceira pessoa, mas em tripla pessoa. No trem, ao invés de um lugar, deixavam-me dois, três lugares. Eu já não me divertia mais. Eu era incapaz de descobrir as coordenadas febris do mundo. Eu existia em triplo: ocupava determinado lugar. Ia ao encontro do outro... e o outro, evanescente, hostil mas não opaco, transparente, ausente, desaparecia.[74]

Conforme interpreta Rabaka, a voz da criança branca ecoa a internalização do racismo antinegro. O medo expressado ao ver um negro evidenciaria a quase inexistência de interações ou relações inter-raciais em um mundo racista binariamente partido (primeira função do racismo de Estado). A criança passa da ingênua observação da pigmentação da pele, que inicialmente diverte Fanon, ao violento momento de perda completa de inocência racial – se é que tal coisa existe em um mundo racista –, ao evidenciar o racismo internalizado e o medo irracional do corpo negro, associado ao perigo (segunda função do racismo de Estado).[75]

Seguindo Judith Butler, em seu texto *Endangered/endangering*: Schematic Racism and White Paranoia, o trecho citado de Fanon demonstra como o corpo negro é circunscrito como perigoso antes de qualquer gesto, qualquer levantamento de mãos. Já o leitor branco infantilizado (a criança) é posicionado em um cenário como alguém que precisa de ajuda em relação ao corpo negro, como alguém que definitivamente precisa da proteção de sua mãe ou, quem sabe, da polícia. A polícia está estruturalmente posicionada para proteger o corpo branco contra a violência, violência essa entendida como ação iminente do corpo negro (sobretudo masculino).

Devido a esse esquema imaginário de defesa da sociedade, a polícia protege o branco sem que sua ação letal seja lida como violenta. O mecanismo de poder do racismo de Estado insere a negritude como fonte única da violência, fazendo com que o esforço policial em dominar esse corpo, ainda que antecipadamente, seja percebido como justificável, independentemente das circunstâncias.[76]

---

74. FANON, Frantz. *Pele negra,* máscaras brancas [1952]. Título original: *Peau noire, masques blancs*. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 105; *Black skin, white masks* [1952]. Translated by Richard Philcox. New York: Grove Press,2008. p. 91-92.

75. RABAKA, Reiland. Antiracist fanonism – Unmasking blackness, unmasking whiteness: Fanon's psycho-sociopolitical existential phenomenology of race and contributions to revolutionary blackness and critical race theory. *Forms of fanonism*: Frantz Fanon's critical theory and the dialectics of decolonization. New York: Lexington Books, 2010. p. 56 e 58.

76. BUTLER, Judith. Endangered/endangering: schematic racism and white paranoia. In: GOODING-WILLIAMS, Robert (Ed.). *Reading Rodney King, reading urban uprising*. New York: Routledge, 1993. p. 18.

Assim, a objetificação colonial dos corpos negros mantém-se intensa, ativa, sofisticada e naturalizada nos dias de hoje. Nas palavras de Fanon: "vontade de objetificar, de encaixar, de aprisionar, de enquisitar. Frases como: 'eu conheço--os', 'eles são assim', traduzem esta objetivação levada ao máximo".[77]

De acordo com Misse, "a maioria dos policiais civis e militares compartilha a visão de que bandidos 'merecem morrer' e de que a ação letal da polícia é justificável se o morto tiver tido, em algum momento de sua vida, envolvimento com práticas criminosas".[78] Somado a isso, deve-se reconhecer que o lema "bandido bom é bandido morto" não se limita à força policial, mas é apoiado por 43% dos brasileiros e brasileiras, de acordo com pesquisa desenvolvida pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República de 2008.[79] Novamente em 2015, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública realiza semelhante pesquisa e apresenta um número ainda maior. Isto é, metade da população das grandes cidades brasileiras concorda com o lema supramencionado,[80] demonstrando a magnitude da internalização da lógica da proteção social relacionada diretamente com a eliminação do outro. Discurso esse que não apenas se mantém ativo, como tem se intensificado nos últimos anos.

Em completo desrespeito das previsões do Código de Processo Penal, é comum a realização de manipulações, distorções ou a não preservação das provas que seriam vitais para a determinação da legitimidade ou não da ação policial.[81] Dessa forma, além da criminalização da vítima e da presunção de

77. FANON, Frantz. Racismo e cultura, cit., 1980. p. 39.

78. Ibidem, p. 40.

79. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 24. Ver pesquisa realizada em 2008 pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República chamada Percepções sobre os direitos humanos no Brasil. Disponível em: [http://posticsenasp.ufsc.br/files/2015/03/Percee%C3%A7%C3%B5es_direitos_humanos.pdf].

80. FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública,* ano 9, 2015. p. 7.

81. Alguns dispositivos legais vigentes no Brasil buscam evitar a adulteração da cena do crime. O Código de Processo Penal já define que o delegado deve comparecer ao local do crime e que este deve ser preservado. A Portaria 553/2011, publicada pela Chefia da Polícia Civil do Rio de Janeiro, determina o mesmo. A Resolução 8/2012 do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) também orienta a preservação da cena do crime nos casos de "homicídio decorrente de intervenção policial". No entanto, justamente nesses casos, os requisitos legais raramente são cumpridos. Muitas vezes, os próprios moradores ou familiares de vítimas têm que se mobilizar para garantir a preservação do corpo e da cena do crime. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 74. HUMAN RIGHTS WATCH. Op. cit., p. 58.

veracidade da versão de legítima defesa, existem outros fatores que operam como empecilho para a devida investigação e controle da ação sangrenta dos braços armados do Estado, por exemplo: i) a limitação da perícia em relação aos disparos da arma e vestígios de pólvora que sustentem que houve realmente troca de tiros;[82] ii) o falso socorro prestado pela polícia à vítima já morta, em busca de alterar a cena do crime, impossibilitando a investigação do local;[83] iii) a inserção de falsas evidências criminais (como armas e outros objetos forjados) junto ao corpo;[84] iv) a dificuldade de apreender as armas utilizadas pelos policiais envolvidos para perícia, havendo uma apreensão apenas virtual das armas e não real, já que eles não são afastados e permanecem no exercício de sua função;[85] v) o medo de retaliações, tendo em vista a fragilidade dos programas de proteção às testemunhas no País, o que faz com que elas não queiram prestar depoimentos[86] – nas palavras de um morador de favela: "[i]magina a gente (…) denunciando a PM que sabe onde você mora. Eles vão e te matam. Matam você e sua família toda";[87] vi) a morosidade e descaso com os processos de auto de resistência, sendo os casos arquivados posteriormente por ausência de provas que não foram devidamente produzidas a tempo – segundo entrevista com delegado da polícia civil do Rio de Janeiro, "se, depois de quatro anos, esses casos ainda não foram concluídos, é porque provavelmente a morte não foi provocada em legítima defesa. Nas palavras do delegado, quando isso ocorre, 'é porque aí tem...'"[88]; e vii) a frequente remoção das roupas das vítimas antes de terem sido realizados os exames legistas, fator que prejudica as investigações, uma vez que essas peças podem conter provas materiais importantes para determinar as circunstâncias da morte – como os resíduos de pólvora podem apontar a ocorrência de tiro à queima roupa, um indicador de que a morte seria uma execução.[89]

Por meio da visão de racismo de Estado que vislumbra a favela como uma doença ameaçadora ao corpo social pode-se perceber a semelhança de tal pen-

82. MISSE, Michel. Op. cit., p. 53-54.
83. HUMAN RIGHTS WATCH/Américas. Op. cit., p. 18. MISSE, Michel. Op. cit., p. 36 e 55.
84. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 6.
85. MISSE, Michel. Op. cit., p. 37.
86. Ibidem, p. 32 e 37. HUMAN RIGHTS WATCH/Américas. Op. cit., p. 20.
87. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Op. cit., p. 559.
88. ANISTIA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 67-68.
89. HUMAN RIGHTS WATCH. Op. cit., p. 65.

samento com a noção biopolítica que associa o corpo social ao corpo humano. Por essa perspectiva, o corpo social apresenta doenças – consideradas como corpos estranhos, corpos invasores – que devem ser combatidas internamente – como realizado biologicamente por anticorpos – para a preservação e fortalecimento do corpo como um todo.

De acordo com Roberto Esposito, o mecanismo imunológico que repele os perigos tidos como diferentes e estrangeiros ao corpo humano são descritos, atualmente, como um dispositivo militar que, sob o discurso de defesa do corpo social, ataca e executa quem ainda não é percebido como pertencente a esse corpo social. Nas palavras do pensador italiano, o que mais impressiona "é a forma que a função biológica é estendida para uma visão geral de realidade dominada pela necessidade de uma defesa violenta diante de qualquer coisa julgada estrangeira/estranha, relação entre o 'eu' e o 'outro'".[90] Seguindo com sua análise, ou o biopoder produz subjetividade ou produz a morte, ou faz o sujeito o seu próprio objeto ou decisivamente o objetifica.[91]

De forma a ilustrar a objetificação do "outro" considerado como "perigo imunológico" ao corpo, destacamos entrevista proferida pelo comandante da polícia militar em 2008. Após operação na Vila Cruzeiro e em outras favelas do Complexo da Penha – que resultou na morte de residentes e sete feridos –, ele compara as pessoas assassinadas com a dengue: "A polícia é o melhor remédio contra a dengue. Nenhum mosquito resiste... é o melhor inseticida social".[92]

No livro *Bíos*: biopolítica e filosofia, Esposito aponta para "extermínio" como o mais apropriado termo para se referir a tal tipo de comportamento racista de um Estado, devido ao fato de ser exatamente o termo usado na lógica de "exterminar" insetos considerados perigosos para a saúde do corpo humano.[93] Lógica essa que aparece com transparência e literalidade nas palavras do coronel entrevistado.

Conforme aponta Esposito, os paradigmas da soberania e da biopolítica que pareciam em certo ponto divergir plenamente (poder de fazer morrer e poder de fazer viver) experienciam uma forma singular de indistinção que um é visto como o complemento do outro, por meio do instrumento de superimposição

90. ESPOSITO, Roberto. *Immunitas*: the protection and negation of life. Translated by Zakiya Hanafi. Malden and Cambridge: Polity Press, 2014. p. 17.

91. ESPOSITO, Roberto. *Bíos*: biopolitics and philosophy, cit., p. 32.

92. Ação do Bope deixa 9 mortos e 7 feridos. *O Estado do S. Paulo*, 16.04.2008 apud ONU. Op. cit., p. 14, nota 24. HUMAN RIGHTS WATCH. Op. cit., p. 44.

93. ESPOSITO, Roberto. *Bíos*: biopolitics and philosophy, cit., p. 117.

chamado de racismo.[94] Tendo em vista que "a atmosfera racista impregna todos os elementos da vida social",[95] as desvantagens e violências do fazer morrer e da zona do não ser se manifestam desde a infância no corpo racialmente marginalizado, "em que se acumulam predisposições genéticas com condições desfavoráveis de vida para inscrever a negritude sob o signo da morte".[96]

Destaca-se, por fim, que a seletividade da violência apresenta uma tendência crescente ao longo dos últimos anos. A taxa de homicídio de homens brancos por arma de fogo diminuiu em 18,7%, enquanto as taxas de homicídio dos corpos de homens negros aumentou em 14,1%, entre 2003 e 2012. Nesse cenário, a vitimização dos homens negros praticamente dobrou, indo de 72,5% para 142% no ano de 2012, o que significa que morreram 142% mais homens negros do que brancos.[97] Situação semelhante é percebida em relação às mulheres negras. Enquanto o número de homicídios em detrimento de mulheres brancas caiu 9,8% entre 2003 e 2013, as taxas de homicídio contra as mulheres negras aumentou em 54,2% no mesmo período. Deparamo-nos, assim, com o índice de vitimização de corpos de mulheres negras triplicado, indo de 22,9% para 66,7% em 2013, o que significa que, proporcionalmente, morreram assassinadas 66,7% mais mulheres negras do que brancas no País.[98]

A indiferença diante do extermínio dos corpos negros encontra o seu contraponto na indignação que assola o País, quando a vítima de violência é uma pessoa branca e o local da violência é uma área rica da cidade, tendo em vista que essa categoria está inserida no signo "fazer viver".[99] A brancura insere-se no signo do vitalismo que se consubstancia na maior expectativa de vida, nos reduzidos índices de mortalidade e como consequência do acesso privilegiado aos bens socialmente construídos.

94. ESPOSITO, Roberto. *Bíos*: biopolitics and philosophy, cit., p. 110.
95. FANON, Frantz. Racismo e cultura, cit., p. 45.
96. CARNEIRO, Aparecida Sueli. Op. cit., p. 78.
97. WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2015: mortes matadas por armas de fogo. Secretaria Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Brasília: FLACSO, 2015. p. 80 e 82.
98. WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil. Brasília, 2015. p. 31-32; Mapa da violência 2012: A cor dos homicídios no Brasil. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPPIR/PR, 2012. p. 5-6.
99. Ibidem, p. 92.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência racista mantém-se ativa na sociedade biopolítica brasileira. Sob esse viés crítico foi analisado conceitualmente o poder biopolítico desenvolvido por Michel Foucault, dando ênfase ao conceito do racismo de Estado, constantemente ignorado em sua obra. Pautados nos termos "zona de não ser" de Fanon e do "poder de fazer morrer" de Foucault, o presente artigo denunciou a inserção dos corpos negros sob o signo da morte na estrutura social contemporânea brasileira.

Para este estudo, fez-se pertinente a análise da divisão espacial urbana das favelas e periferias como "zonas do não ser", associada à primeira função do racismo de Estado que é a de separar, dividir o corpo social. Por meio dessa divisão em grupos (raças e sub-raças), adentramos na segunda função do racismo de Estado, que implica na legitimação do poder de fazer morrer construído na ideia do perigo interno que ameaça a sociedade.

Foi argumentado, assim, que a violência policial e, em especial, a prática do instituto do auto de resistência na cidade do Rio de Janeiro operam por meio da objetificação racista dos corpos negros e da inserção desses corpos no signo da morte. Reforça-se ainda que a prática do auto de resistência é por este artigo compreendida como a ponta do *iceberg* do racismo estrutural, institucional e interpessoal que permeia os tecidos sociais do país.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção – Homo sacer* II, I (2003). Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. rev., 1. reimpr. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer* – O poder soberano e a vida nua I (1995). Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG Humanitas, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*: o arquivo e a testemunha – *Homo sacer* III (1998). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008 (Coleção Estado de Sítio).

ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de. *O jogo da dissimulação* – Abolição e cidadania negra no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ANISTIA INTERNACIONAL. Você matou o meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

AZEVEDO, Celia Maria Marinho. *Onda negra, medo branco*: o negro no imaginário das elites – século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BALIBAR, Étienne. ¿Existe un neorracismo? In: BALIBAR, E.; WALLERSTEIN, I. *Raza, Nación y Clase*. Madrid: IEPALA, 1988.

BALIBAR, Étienne. Foucault and Marx: the question of nominalism. In: ARMSTRONG, Timothy J. (Trad. e Ed.). *Michel Foucault philosopher*. New York: Routledge, 1992.

BRETAS, Marcos Luiz. Slaves, free poor and policemen: Brazil. In: EMSLEY, Clive; KNAFLA, Louis A. (Ed.). *Crime history and histories of crime*: studies in the historiography of crime and criminal justice in modern history. London: Greenwood Press, 1996.

BUTLER, Judith. Endangered/endangering: schematic racism and white paranoia. In: GOODING-WILLIAMS, Robert (Ed.). *Reading Rodney King, reading urban uprising*. New York: Routledge, 1993.

BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Who sings the nation-state?* Language, politics, belonging. Utah: Seagull Books, 2007.

CANO, Ignacio. *Letalidade policial no Rio de Janeiro*: a atuação da justiça militar. Rio de Janeiro: ISER, 1998.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A Construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Tese de Doutoramento em Educação. São Paulo: FEUSP, 2005.

CHALHOUB, Sidney. A força da escravidão – Ilegalidade e costume no Brasil oitocentista. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CHAUI, Marilena. Cultura popular e autoritarismo. *Conformismo e resistência*: aspectos da cultura popular no Brasil. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

COWLING, Camilia; CASTILHO, Celso. Bancando a liberdade, popularizando a política: abolicionismo e fundos locais de emancipação na década de 1880 no Brasil. *Revista Afro-Ásia*, Edição 47, UFBA, 2013.

CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, v. 43:1241, 1991.

DANTAS, Monica Duarte. Revoltas, motins e revoluções: das Ordenações ao Código Criminal. In: DANTAS, Monica Duarte (Org.). *Revoltas, motins, revoluções*: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX. São Paulo: Alameda, 2011.

ESPOSITO, Roberto. *Bíos*: biopolitics and philosophy. Translated and with and Introduction by Timothy Campbell. London and Minneapolis: University of Minnesota Press, 2008. [Originalmente publicado como *Bíos*: biopolítica e filosofia. Turin: Giulio Einaudi, 2004.

ESPOSITO, Roberto. *Immunitas:* the protection and negation of life. Translated by Zakiya Hanafi. Malden and Cambridge: Polity Press, 2014.

FANON, Frantz. *Black skin, white masks* [1952]. Translated by Richard Philcox. New York: Grove Press, 2008.

FANON, Frantz. *Pele negra,* máscaras brancas [1952]. [Título original: *Peau noire, masques blancs*]. Salvador: EDUFBA, 2008.

FANON, Frantz. Racismo e cultura [1956]. In: FANON, Frantz. *Em defesa da revolução africana*. Texto da intervenção de Frantz Fanon no 1º Congresso dos Escritos e Artistas Negros em Paris, em setembro de 1956. Publicado no número especial de *Présence Africaine,* jun.-nov. 1956. Trad. Isabel Pascoal. Terceiro Mundo. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1980.

FANON, Frantz. *The wretched of the Earth* [1961]. Trad. Richard Philcox, com comentário de Jean-Paul Sartre e Homi K. Bhabha. [Título original: *Les damnés de la Terre*]. New York: Grove Press, 2004.

FLAUZINA, Ana Luiz Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Dissertação de mestrado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

FLAUZINA, Ana Luiz Pinheiro. *Nonnegotiable lives*: international criminal justice and the denial of black genocide in Brazil and the United States. Tese de doutoramento. Washington, DC: Faculty of the Washington College of Law of American University, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública,* ano 9, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvao. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. Precisões sobre o poder: respostas a certas críticas [1978]. *Ditos e escritos, IV*. Estratégia, poder-saber. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Edição estabelecida por Michel Senellart, sob direção de François Ewald e Alessandro Fontana. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Angela de Castro. População e sociedade. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (Dir.); GOMES, Angela de Castro (Coord.). *Olhando para dentro 1930-1964*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. (Coleção História do Brasil Nação: 1808-2010, v. 4.)

GOMES, Heloisa Toller. A problemática inter-racial na literatura brasileira: novas possibilidades interpretativas à luz da crítica pós-colonial. In: ALMEIDA, Júlia; RIBEIRO, Adelia Miglievich; GOMES, Heloisa Toller (Org.). *Crítica pós-colonial*: panorama de leituras contemporâneas. Rio de Janeiro: 7Letras, 2013.

GONZALEZ, Lélia. O movimento negro na última década. In: GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. *Lugar de negro*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.

HOFBAUER, Andreas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. 2. reimpr. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

HUMAN RIGHTS WATCH. Força letal: violência policial e segurança pública no Rio de Janeiro e em São Paulo. Brasil, dez. 2009.

HUMAN RIGHTS WATCH/Américas. *Brutalidade policial urbana no Brasil,* abr. 1997.

KOWARICK, Lúcio. Favela como fórmula de sobrevivência. *A espoliação urbana.* 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MALDONATO-TORRES, Nelson. Epistemology, ethics, and the time/space of decolonization: perspectives from the Caribbean and the Latina/o Americas. *Decolonizing epistemologies* – Latina/o theology and philosophy. New York: Fordham University Press, 2012.

MBEMBE, Achille. *Necropolitics*. Translated by Libby Meintjes. Public Culture. Durham: Duke University Press, 2003.

MIGNOLO, Walter. Decolonizing western epistemology/building descolonial epistemologies. *Decolonizing epistemologies* – Latina/o theology and philosophy. New York: Fordham University Press, 2012.

MISSE, Michel (Coord.). *Autos de resistência*: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Relatório Final de Pesquisa. Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana Universidade Federal do Rio de Janeiro. Edital MCT/CNPq 14/2009 – Universal, jan. 2011.

MORGENSEN, Scott Lauria. *The biopolitics of settler colonialism*: right here, right now. Settler Colonial Studies, 2011.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo* [1883]. Introdução de Izabel A. Marson e Célio R. Tasinafo. 1. reimpr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011.

NASCIMENTO, Abdias do; NASCIMENTO, Elise Larkin. Reflexões sobre o movimento negro no Brasil, 1938-1997. In: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn. *Tirando a máscara*: ensaios sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

ONU. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias Dr. Philip Alston. Adendo Missão ao Brasil. Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais incluindo o Direito ao Desenvolvimento. 11. Sessão. 3º Item da Agenda, A/HRC/11/2/Add.2, 29.08.2008.

PELBART, Peter Pál. Foucault *versus* Agamben? *Revista Ecopolítica*, São Paulo, n. 5, jan.-abr., 2013.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *A colonialidade do saber*: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

QUIJANO, Aníbal. ¡Qué tal raza! *Revista Venez. de Economía y Ciencias Sociales*, v. 6, n. 1, jan.-abr. 2000.

RABAKA, Reiland. Antiracist fanonism – Unmasking blackness, unmasking whiteness: Fanon's psycho-sociopolitical existential phenomenology of race

and contributions to revolutionary blackness and critical race theory. *Forms of fanonism*: Frantz Fanon's critical theory and the dialectics of decolonization. New York: Lexington Books, 2010.

SCHUCMAN, Lia Vainer. *Entre o "encardido", o "branco" e o "branquíssimo"*: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. São Paulo: Tese Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Área de Concentração: Psicologia Social – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930 [1993]. 7. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SILVA, Denise Ferreira da. Ninguém: direito, racialidade e violência. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 67-117, jan.-jun. 2014.

SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, set.-dez. 2007.

SKIDMORE, Thomas E. *Preto no branco*: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro, 1870-1930 [1993]. Trad. Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

STOLER, Ann Laura. *Race and the education of desire:* Foucault's history of sexuality and the colonial order of things. Durham and London: Duke University Press, 1995.

VARGAS, João H. Costa. *Apartheid* brasileiro: raça e segregação residencial no Rio de Janeiro. Center for African and African American Studies Department of Anthropology, University of Texas. *Revista Antropologia*, São Paulo, v. 48, n. 1, jan.-jun. 2005.

VARGAS, João H. Costa. *Never meant to survive*: genocide and utopias in black diaspora communities. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2008.

VERANI, Sérgio. *Assassinatos em nome da lei*. Uma prática ideológica do direito penal. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2012: a cor dos homicídios no Brasil. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPPIR/PR, 2012.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília, 2015.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2015: mortes matadas por armas de fogo. Secretaria Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Brasília: FLACSO, 2015.

WEHELIYE, Alexander G. *Habeas viscus*: racializing assemblages, biopolitics, and black feminist theories of the human. Durham and London: Duke University Press, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil, de Ana Luiza Pinheiro Flauzina e Felipe da Silva Freitas – *RBCCrim* 135/49-71 (DTR\2017\5644);
- Estado, biopoder e UPPS: a vida nua das favelas e o genocídio negro enquanto projeto de Estado, de Fernanda Martins e Guilherme Filipe Andrade dos Santos – *RBCCrim* 135/131-162 (DTR\2017\5636); e
- Genocídio negro brasileiro: a importância da organização política reaja ou será morta(o), de Tarsila Flores – *RBCCrim* 135/519-540 (DTR\2017\5634).

Racismo e controle social no Brasil: história e presente do controle do negro por meio do sistema penal

Racism and social control in Brazil: history and the present of control of the black through criminal justice system

Luiz Phelipe Dal Santo

Mestrando em Criminologia Critica e Sicurezza Sociale – Devianza, Istituzioni e Interazioni Psicosociali pelas Universidades de Bologna e de Padova. Pós-Graduado em Direito Penal – Parte Geral pela Universidade de Coimbra. Advogado criminalista.
luizphelipee@hotmail.com

Recebido em: 01.05.2017
Aprovado em: 06.06.2017
Última versão do autor: 19.06.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Em consideração à desproporcionalidade racial na representação da população carcerária e entre jovens mortos pela polícia, o presente artigo realiza uma análise histórico-sociológica com o escopo de apontar a estrutura racista do sistema penal brasileiro e seu funcionamento historicamente – mas não exclusivamente – vinculado ao controle social da população negra, rechaçando a hipótese da permanência de práticas racistas como meros e eventuais comportamentos e manifestações individuais. Encontra nas relações coloniais o suporte material para construção do conceito racial, instrumento a partir do qual emergiria o discurso criminológico de inferioridade racial e se determinariam mecanismos específicos – violentos, punitivos e letais – de controle, de modo a legitimar e permitir a continuidade das relações de domínio, exploração e dependência preexistentes. Seguindo uma ordem cronológica apoiada em ampla revisão bibliográfica, analisa o processo de integração e marginalização do negro na sociedade capitalista

Abstract: Considering the racial disproportionality in the representation of the prison population and among young men killed by police, the present work performs a historical-sociological analysis aiming to point out the racist structure of the Brazilian criminal justice system and its operation historically – but not exclusively – linked to the social control of the black population, rejecting the hypothesis of the permanent racist practices as single and eventual behaviours or individual manifestations. It finds in colonial relations the material support for the construction of racial concept, from where emerges the criminological speech of racial inferiority and from which specific mechanisms of control – violent, punitive and lethal – are determined, in order to legitimize and permit the continuity of relations of pre-existing subjugation, exploitation and dependence. Following a chronological order based on a large bibliographical review, it analyses the process of integration and marginalization of the black community in capitalist society after

Santo, Luiz Phelipe Dal. Racismo e controle social no Brasil: história e presente do controle do negro por meio do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 269-303. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

após a abolição da escravidão, recupera marcos racistas no desenvolvimento do controle penal no Brasil e identifica, no presente, o sistemático cumprimento de sua histórica finalidade em referência, adaptado e materializado na política de guerra às drogas.

Palavras-chave: Racismo – Colonialismo – Controle social – Política criminal – Guerra às drogas.

the abolition of slavery. It also recovers racist landmarks in the development of criminal control in Brazil and identifies, nowadays, the systematic fulfilment of its historical objective mentioned, adapted and materialized in the war on drugs policy.

Keywords: Racism – Colonialism – Social control – Criminal policy – War on drugs.

Sumário: 1. Introdução. 2. Controle social e práticas punitivas coloniais e imperiais. 3. Construção racial, criminologia e manutenção de exploração pós-abolição da escravidão. 4. Política de guerra às drogas. 4.1. Militarização da marginalidade urbana e letalidade policial. 4.2. Sistema judiciário e o encarceramento em massa de negros. 4.3. A negação à permanência do racismo. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Não é raro o discurso de que formamos, no Brasil, uma sociedade que há tempos superou o racismo. A abolição da escravidão, o reconhecimento da igualdade jurídica (formal) e a criminalização da injúria e discriminação raciais são elementos que reforçam a ideia de representarmos uma suposta democracia racial.

Em sentido contrário, jovens negros são encarcerados e mortos sistemática e diuturnamente. Pesquisas empíricas constatam haver desproporcionalidade racial na composição do sistema carcerário e das vítimas da letalidade policial: no que se refere à população prisional, dois a cada três entre os 607.731 detentos são negros[1]; ainda, negros (pretos e pardos, segundo a classificação dos Censos Demográficos realizados pelo IBGE) representam 73% das mortes violentas intencionais[2]. Quanto aos homicídios por arma de fogo, em 2014, 9.766 brancos e 29.813 negros foram assassinados. Isto é, a cada 100 mil habi-

1. Dados obtidos no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, em junho de 2014, p. 11. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 16.03.2017.
2. O termo inclui vítimas de homicídios dolosos, de latrocínios, lesões corporais seguidas de morte e mortes decorrentes de intervenções policiais. Dados obtidos no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2016, realizado pelo Fórum Brasileiro de

tantes, 10,6 brancos e 27,4 negros são mortos (WAISELFISZ, 2016). Ademais, o mais recente *Atlas da Violência* indica haver, entre 2005 e 2015, uma redução da taxa de homicídios de não negros em 12,2%, enquanto, no mesmo período, verificou-se um crescimento de 18,2% nos números de homicídios de negros (IPEA, 2017). Frisa-se que uma parte considerável dessas mortes é causada pelos próprios agentes da segurança pública. Segundo apontado no relatório *O bom policial tem medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro*, elaborado pela Human Rights Watch (2016), os negros, que representam 52% da população do Rio de Janeiro, correspondem a 77% das pessoas mortas pela polícia carioca em 2015.

Não por outro motivo, faz-se necessário tornar claro como as supracitadas desproporcionalidades são construídas em um contexto de racismo estrutural e institucionalizado, expandido a todas as áreas da vida. De tal sorte, pretende-se apontar aqui o racismo não como práticas individuais oriundas de desvirtuosos atores das agências do campo de controle do crime, que fazem mau uso da lei. Portanto, distante de um cenário conjuntural, intenta-se definir o racismo institucional presente na política criminal brasileira como um instrumento específico de controle social da população negra, o qual emerge em um determinado período histórico e se estende até o presente.

Nesse sentido, urge iniciar a abordagem de tal questão pela raiz do problema, isto é, por uma breve análise sobre o colonialismo e seus efeitos, sendo certo que a opção metodológica tomada no presente artigo não segue um *relativismo epistemológico radical*, aceitando, portanto, a possibilidade de utilização e comparação de marcos teóricos e conceitos acumulados de contextos heterogêneos, todavia necessariamente adequando-os à realidade brasileira de modo empiricamente possível.

2. Controle social e práticas punitivas coloniais e imperiais

Considerando a confusão conceitual de "controle social", antes de se discorrer acerca das particularidades de seu modelo no Período Colonial, é conveniente apresentar duas principais compreensões do termo em questão. A primeira se refere à ideia do Leviatã de Hobbes, da qual se extrai que a única maneira de se evitar o caos é a sujeição ao Estado soberano, cujo controle social é exercido pela manifestação do poder, legitimada pelo pacto social. Outra

Segurança Pública. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf]. Acesso em: 16.03.2017.

concepção compreende controle social como o relacionamento e a interação dos indivíduos entre si em determinados grupos sociais, estendendo-se a todas as relações sociais. Segundo Melossi (1997, p. 79, tradução livre), *controle social* consiste na "reprodução das relações sociais e políticas típicas de uma certa formação social, econômica e cultural". Prevalece, nesta última, o controle social informal, sendo secundário o âmbito repressivo do controle social formal.

Não obstante, mais importante aqui é a abordagem da prática de controle social em países que, como o Brasil, foram colonizados. Stanley Cohen (1988, p. 172-189) oferece duas possíveis interpretações de tal processo nesse contexto: *transferência benigna*, que é compreendida como decurso natural da ordem de progresso ou modernização da sociedade, como um processo linear de evolução da civilização humana; e *colonialismo maligno*, que compreende controle social como um meio de produção e reprodução de relações de dominação e poder, relações desiguais e hierárquicas, que acabariam causando, consequentemente, a relação de dependência dos países de Terceiro Mundo.

E é exatamente a partir da segunda interpretação que se construirá a relação entre controle social, criminologia e construção racial.

Até a promulgação da Independência do Brasil, em 1822 – isto é, ao longo do sistema colonial[3] –, a prática punitiva e o controle social eram domésticos. Nesse sentido, Zaffaroni e Nilo Batista (2015, p. 414) asseveram que

> (...) a predominância de um poder punitivo doméstico, exercido desregulamentadamente por senhores contra seus escravos, é facilmente demonstrável, e constituirá remarcável vinheta nas práticas penais brasileiras, que sobreviverá à própria abolição da escravatura.

Essa forma de poder punitivo foi também facilitada pela inexistência de uma estruturação burocrática mínima (ZAFFARONI; BATISTA, 2013, p. 419).

Além da violência ilimitada por meio das práticas punitivas domésticas e da exploração de trabalho forçado como processo civilizador, destaca-se como representação do violento método de colonização o genocídio indígena co-

3. Apenas como curiosidade, indica-se uma participação indireta do Brasil nas práticas punitivas globais na época em tela: a extração de pau-brasil, primeira atividade exercida no processo de colonização em meados do século XVI, resultava na exportação da madeira à Holanda, sendo utilizada nas atividades de extração de tinta nas *rasphuis* de Amsterdam (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 412), as quais antecederam o moderno modelo de instituição prisional (MELOSSI; PAVARINI, 2006).

metido pelos colonos, para viabilizar o processo de *acumulação primitiva*[4] em terras brasileiras.

Conforme assevera Sartre (1968, p. 9), "a violência colonial não tem somente o objetivo de garantir o respeito desses homens [colonizados] subjugados; procura desumanizá-los".

Nessa conjuntura, ressalta-se que o controle social, no Brasil, tem origens extrema e essencialmente autoritárias, repressivas e de sujeição nas relações sociais. Destarte, assim se constitui, como violência primária, a violência estrutural, que consiste na privação e repressão de *direitos*, ou melhor, de *necessidades* dos indivíduos colonizados, dominados e explorados, quando não exterminados. Dessa violência estrutural, que interfere e prejudica qualquer projeto de desenvolvimento concreto de cidadania e democracia[5], emergiria a violência institucional, das instituições e dos instrumentos do Estado, que se prorrogaria até os tempos atuais.

Na primeira metade do século XIX, tem início no Brasil o processo de codificação. Em 1824, uma Constituição liberal, e em 1830, um Código Criminal que seguira a principiologia iluminista da burguesia liberal europeia. Com eles, um notável paradoxo: em que pese ter sido assumido (juridicamente) o ideal liberal, manteve-se a mão de obra escravizada. Esse mesmo Código de 1830 reconhecera o escravo não mais como *coisa*, como era na lei civil do Império, mas como imputável. Ao mesmo tempo, em razão dos interesses privados dos senhores, preservou-se a autonomia do castigo aos proprietários de escravos (DIETER, 2012, p. 621), o que já indicava, desde aqueles tempos, a íntima relação entre poder estatal e poder econômico privado.

Assim, com a consolidação do poder senhorial[6] e do sistema escravagista como centro das relações de produção, confirma-se a constatação de Rusche e

4. Cf. MARX, 2013, p. 959-1014.

5. Conforme assevera Baratta (1990, p. 14), "a história dos povos e da sociedade se apresenta como a história dos contínuos obstáculos encontrados nesse caminho [da efetivação dos direitos humanos e da consagração do princípio da dignidade humana], a história da contínua violação dos direitos humanos, ou seja, da permanente tentativa de se reprimir as necessidades reais das pessoas, dos grupos humanos e dos povos".

6. Sérgio Buarque de Holanda relata que "na Monarquia eram ainda os fazendeiros escravocratas e eram filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, quem monopolizava a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio" (HOLANDA, 2014, p. 86).

Kirchheimer (1999, p. 20) de que "todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção". Relações de produção estas que garantem as condições materiais a permitirem a organização social de acordo com o sistema sociopolítico e econômico vigente. As práticas punitivas dos senhores contra seus escravos mantiveram-se marcadas pelo domínio, por técnicas de poder sobre o corpo, pela disciplina para subordinação do escravo ao seu senhor[7].

Com o passar do tempo, elementos políticos, jurídicos e econômicos resultavam em um cenário que tendia ao enfraquecimento da força de trabalho escrava[8], ao aumento da libertação das pessoas escravizadas e à centralização do poder punitivo ao poder público. Assim, o sistema jurídico variava de acordo com o *status* do sujeito – escravo ou homem livre.

Em resposta à libertação de escravos, instauraram-se mecanismos específicos de controle social fundamentais para a manutenção das relações de domínio e poder. Destaca-se, nesse âmbito, a autorização ao "o juiz de paz a 'cominar' as penas de multa, prisão até 30 dias ou internação por 3 meses em casa de correção ou oficinas públicas aos 'suspeitos da pretensão de cometer algum crime'" (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 424), poder que posteriormente seria transferido aos chefes de polícia, delegados e subdelegados (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 425).

De maneira similar, Koerner (2006, p. 219) relata que:

> (...) com o crescimento das cidades, os escravos confundiam-se com a população de cor em geral, tornando-se mais difícil distingui-los dos livres e libertos. Os indivíduos negros ou pardos eram antes de tudo suspeitos, e a polícia os detinha com o objetivo de verificar se eram escravos. O controle manifestava-se de diversas formas, como as rondas noturnas, que detinham sem maiores explicações negros que circulavam na cidade após o toque de recolher, (...) [com] a proibição da prática da luta de capoeiras. A polícia utilizava *ad hoc* a criminalização da vadiagem, o que lhe permitia controlar a circulação dos indivíduos suspeitos e impor vigilância contínua sobre o comportamento dos indivíduos pobres.

7. Nesse sentido, a lesão corporal ao escravo com fim disciplinar, por exemplo, era considerada excludente de ilicitude (cf. DIETER, 2012).

8. Conforme relatado por Caio Prado Jr. (1999, p. 99), em 1850, escravos correspondiam a 31% da população total do Brasil, reduzidos à metade em 1872, até que, no ano anterior à abolição, correspondiam a "apenas" 5% da população.

Ainda, Maurício Dieter (2012, p. 620-621) ressalta uma determinação do Código Criminal de 1830. Se, após o cumprimento de pena, o apenado não tivesse condição de reparar economicamente o dano, a ele seria estendida uma pena de prisão para dispor de trabalho, ao tempo necessário para quitar a dívida. Essa disposição fora notadamente direcionada ao escravo. A responsabilidade pela reparação civil referente a dano causado por crime de escravo recaía ao seu senhor, que, não por outro motivo, tornava-o livre, com o escopo de evitar a dívida. Todavia, já não era mais possível a compra de escravo livre na ocasião, de modo que o ofendido ficava sem a reparação pelo dano. Destarte, esse escravo libertado, agora homem livre, não possuía bens, razão pela qual se tornava livre e endividado. Sua divida era solvida mediante trabalhos forçados com a privação de sua liberdade.

Enfatizam-se, ainda, duas circunstâncias expressivas na legislação penal em relação ao escravo para conter a escravidão. A primeira se refere ao reforço da autoridade do poder senhorial contra seu escravo por meio da possibilidade de imposição de pena de morte contra espécies de crime capazes de mobilizar uma *revolta negra* dos escravos contra seus senhores.[9]

A mesma utilização da pena capital enquanto mecanismo de controle social, como intimidação, era prevista na segunda hipótese. Trata-se do tipo penal de insurreição, que criminalizava a reunião de mais de 20 escravos, visando à liberdade. Podia-se aplicar a pena de morte ao líder da suposta insurreição e, aos demais, aplicava-se pena de açoites (DIETER, 2012, p. 632-633). Nesse sentido, verifica-se que a criminalização primária tendencialmente se direciona aos interesses dos poderosos (BARATTA, 1980, p. 159-165).

Nesse período, em adequação aos preceitos liberais do Código Criminal de 1830, Koerner (2006, p. 217) aponta, a partir de 1833[10], a construção de casas de correção, que cumpriram relevante papel na política de controle social. O autor realça algumas principais características nas supracitadas instituições: apresentavam altíssimos índices de mortalidade e consideráveis danos físicos nos detentos, o que os tornava inúteis quando livres; escravos, africanos e negros livres eram mantidos nas piores condições, nas mais insalubres, realizando serviços de limpeza e servindo aos demais presos, inclusive em razão das poucas oportunidades de trabalho oferecidas, como consequência da estrutura

9. Essa pena era prevista para homicídios e lesões corporais aos senhores e/ou aos seus familiares, conforme previsão em Lei de 1835 (DIETER, 2012, p. 630).

10. Até o ano em referência, a instituição prisional se limitava às prisões simples, sem trabalho, como forma de depósitos.

social escravista; e, com a inadequação das instalações ao projeto panóptico de instituição prisional, na prática, a manutenção da ordem era o objetivo principal, inexistindo um programa razoável de reforma do preso. Frisa-se que, para alcançar o objetivo de manutenção da ordem, e considerando a capacidade de visão interna prejudicada, a obediência e disciplina dos presos eram estabelecidas por meio de instrumentos de violência dos vigiantes internos.

Dito isso, conclui-se que, no período do Brasil Imperial, em que pese haver diferenças punitivas de acordo com o estatuto jurídico e a condição social do sujeito – e, com isso, um irrefutável paradoxo entre a lógica formal (que estabeleceria princípios como igualdade e liberdade) e a material (mas que daria continuidade à escravidão e preveria tratamento diverso aos escravos) –, a pena com trabalho de caráter reformatório aos sujeitos livres raramente atingia pessoas negras. Não por outra razão, ilegalidade e violência foram sempre úteis e toleradas pela sociedade, como mecanismos de controle social e de dominação dos vulneráveis, notadamente de escravos e ex-escravos, isto é, dos negros em modo geral. Estabeleceu-se uma disciplina de submissão com a distância social e a proximidade física entre dominado e dominante, com a ostentação de instrumentos de violência. Não é demasiado sustentar, nesse sentido, que as autoridades públicas, portanto, não atuavam como garantia, mas como (ameaça de) violação de direitos.

3. CONSTRUÇÃO RACIAL, CRIMINOLOGIA E MANUTENÇÃO DE EXPLORAÇÃO PÓS-ABOLIÇÃO DA ESCRAVIDÃO

O final do século XIX é marcado por mudanças significativas na sociedade brasileira. O processo de abolição da escravidão, que se iniciara em 1850, com a Lei Eusébio de Queirós – a qual criminalizava definitivamente o tráfico negreiro no País –, tendo continuidade com a Lei do Ventre Livre, de 1871 – a qual libertava os filhos de escravas nascidos a partir da vigência da lei –, e com a Lei dos Sexagenários, de 1885 – a qual tornava livres os escravos com mais de 60 anos –, tivera sua conclusão em 1888, com a Lei Áurea, que aboliu de modo definitivo a escravidão no Brasil.

No ano seguinte, colocando fim ao regime imperial, fora instituída a República brasileira, que tivera seu primeiro código criminal em 1890. É nesse cenário de transformações que se percebe a alteração do discurso penal e criminológico, abandonando a questão da inferioridade jurídica para se apoiar nas emergentes teses de inferioridade biológica, surgida com a construção do conceito de raças, tendo como objetivo dar continuidade ao tratamento diverso e ao controle social do negro, notadamente com influências do paradigma etiológico da criminologia positivista italiana.

Cesare Lombroso (1892, p. 7-10) chega a comparar as diferenças entre as supostas *raças humanas*, das quais brancos e negros formariam grupos diversos, como as existentes entre animais congêneres, tais quais cachorro e lobo, gato e tigre, burro e cavalo ou cabra e ovelha.

Nesse contexto, Raimundo Nina Rodrigues, em 1894, publica uma obra intitulada *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Esse livro é marcado pela inferiorização de índios, mestiços[11] e negros[12], concluindo pela indisponibilidade e sugerindo a impossibilidade de adequação das *raças indígenas* e *negras* à civilização *branca*[13]. Assim, o autor afirma, por exemplo, que:

> num meio de civilização adiantada, onde possui inteira liberdade de proceder, ele [o negro] destoa (...) como eram nossos países d'Europa, essas naturezas abruptas, retardatárias, que formam o grosso contingente do delito e do crime. As suas impulsividades são tanto melhor e mais frequentemente frequentadas para o ato antissocial, quanto às obrigações da coletividade lhes aparecem mais vagas, quanto elas são, em uma palavra, menos adaptáveis às condições de sua moralidade e do seu psíquico. O negro crioulo conservou vivaz os instintos brutais do africano: é rixoso, violento nas suas impulsões sexuais, muito dado à embriaguez e esse fundo de caráter imprime o seu cunho na criminalidade colonial atual. (RODRIGUES, 2011, p. 49).

De modo geral, a inferioridade racial, inserida na perspectiva de construção do conceito de raças, era indicada como uma determinante causal da criminalidade.

Esse discurso pretensamente científico legitimava o poder e a administração do controle social pela elite brasileira branca, bem como estimulava práticas discriminatórias referentes à inferiorização racial não branca, supostamente

11. "Mas acredito e afirmo que a criminalidade no mestiço brasileiro é, como todas as outras manifestações congêneres, sejam biológicas ou sociológicas, de fundo degenerativo e ligada às más condições antropológicas do mestiçamento no Brasil" (RODRIGUES, 2011, p. 71).

12. "Tem se pretendido, diz ele, que o negro americano difere muito do seu antepassado, o negro africano; que perdeu até os caracteres físicos deste, e que assimilou os caracteres intelectuais do branco. Não hesito em declarar que são puras mentiras ou puras quimeras emitidas por observadores de gabinete (...), melhorou, mas não deixou de pertencer à sua raça, não é adaptável às mesmas condições sociais do ariano" (RODRIGUES, 2011, p. 48-49).

13. "Um índio selvagem aprisionado e domesticado, um negro africano reduzido à escravidão, não terão, pelo simples fato da convivência com a raça branca, mudado de natureza" (RODRIGUES, 2011, p. 44).

como um dado da natureza. Ao mesmo tempo, definia modelos específicos de controle social, inviabilizando a inserção do negro ao projeto modernizador do Estado. Não por outro motivo, métodos violentos foram definidos (na realidade, mantidos) como forma de controle social mais eficaz aos grupos inferiores, de modo a viabilizar uma Justiça eficiente, negando direitos (necessidades) individuais a grupos naturalmente inferiorizados, como se necessários fossem à efetivação de um modelo de justiça eficaz, próximo à ideologia da defesa social[14], direcionado ao plano modernizador de construção do Estado.

Nessa conjuntura, entre a promulgação do Código Criminal de 1890 e a primeira metade do século XX, pode-se destacar a criminalização de cultos afro-brasileiros, como curandeirismo e feitiçaria (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 463), bem como a aplicação de pena de prisão (colônia) correcional para reabilitação de mendigos válidos, vagabundos ou vadios, capoeiras e desordeiros (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 452), como evidentes mecanismos de controle social da população negra.

Nesse sentido, Evandro Duarte (1988, p. 368) sustenta que o discurso jurídico-criminológico:

> (...) revelava a preocupação da elite brasileira, num momento de transição, no qual a liberdade necessária para a criação do mercado de mão-de-obra livre estava sendo discutida, em não generalizar a liberdade, entendida como pressuposto da cidadania. Ao contrário, o projeto modernizador era um projeto excludente, que visava à manutenção das relações de subordinação.

Destarte, como observa Fernandes (2008, p. 63), "o abolicionismo daria lugar a uma 'união sagrada' entre os *brancos*, para conjurar o 'perigo' de uma *subversão racial*". Este medo de uma possível rebelião de negros os definia, consequentemente, como inimigo doméstico e público (FERNANDES, 2008, p. 72-73).

Paralelamente, é de suma importância salientar que a dissolução do sistema escravista foi desacompanhada de políticas públicas ou determinações jurídicas capazes de viabilizar e proteger a transição das pessoas até então escravizadas para o novo modelo de sociedade de classes, com o modo de trabalho livre e de economia competitiva.[15]

14. Cf. BARATTA, 1980, p. 43-50.

15. Conforme assevera Florestan Fernandes (2008, p. 29), "os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a Igreja ou outra qualquer instituição assumissem encargos especiais, que tivessem por objeto prepara-los para o novo regime de organização da vida e do trabalho. O liberto

Na prática, em vez de integrar o negro à emergente ordem social e econômica, procedeu-se uma agenda de *embranquecimento*, estimulando o processo de imigração europeia[16], cujos imigrantes acabaram formando a maior parte da força de trabalho assalariada (FERNANDES, 2008, p. 31-59). De tal sorte, com a inviabilidade de inclusão e ascensão social dos negros por meio da proletarização:

> (...) restava-lhes aceitar a incorporação gradual à escória do operariado urbano em crescimento ou se abater, penosamente, procurando no ócio dissimulado, na vagabundagem sistemática ou na criminalidade fortuita meios para salvar as aparências e a dignidade de "homem livre". (FERNANDES, 2008, p. 44)

Durante esse processo de exclusão do negro, recaíam sobre ele argumentações de cunho subjetivo, alegando uma suposta ausência de ambição e indisposição ao trabalho, em que pese ter sido (e ainda ser) a força de trabalho negra fundamental para o desenvolvimento da economia nacional (OLIVEIRA, 2013, p. 69).

Quanto ao controle social informal, desde as últimas décadas do século XIX, é possível verificar que o plano de modernização e de desenvolvimento da urbanização industrial refletiu na higienização das zonas centrais da cidade, isto é, na expulsão do estrato social pobre (no qual, conforme indicado, se encontrava quase que a totalidade da população negra) do centro, por intermédio do Estado e dos agentes de mercado imobiliário, consistindo no extermínio dos cortiços e porões e controlando os expulsos em zonas periféricas da cidade (OLIVEIRA, 2013, p. 47-55).

Uma importante passagem acerca da ressignificação do *negro* pelo *branco* é notada por Florestan Fernandes:

> Logo após a Abolição, não existia tolerância alguma para reuniões de negros. A polícia dispersava os magotes que se formassem por qualquer motivo. Temia-se pela segurança da ordem e pela moralidade dos costumes. Aos poucos, evidenciando-se que os pretos não representavam nenhuma ameaça

se viu convertido, sumária e abruptamente, em senhor de si mesmo, tornando-se responsável por sua pessoa e por seus dependentes, embora não dispusesse de meios materiais e morais para realizar essa proeza nos quadros de uma economia competitiva".

16. Darcy Ribeiro (2015, p. 181-182) indica um grande salto de imigração especificamente entre 1890 e 1900, período no qual a representação de estrangeiros e naturalizados passou de 2,45% a 6,16% na população total do Brasil.

> de caráter especificamente perigoso, sobrou apenas uma desconfiança residual que levava a polícia a 'tê-los de olhos' mantendo-os sob uma vigilância (FERNANDES, 2008, p. 97-98).

Assim, o estereótipo do negro vai de *escravo liberto*, politicamente perigoso, para *preto vagabundo, desordeiro* e *prostituta*, que ameaçava ao decoro, à propriedade e à segurança das pessoas (FERNANDES, 2008, p. 98). É notável, portanto, a influência de uma discriminação de caráter econômico-social. Para Florestan Fernandes, inclusive, a repulsão ao negro no período pós-abolição não se deu exclusivamente pela questão racial, mas, segundo o autor, tal exclusão se atrelava mais ao sujeito que internalizava e carregava consigo o escravo do período precedente, despossuído dos "atributos psicossociais e morais do 'chefe de família', do 'trabalhador assalariado', do 'empresário capitalista', do 'cidadão'" (FERNANDES, 2008, p. 115), bem como do comportamento social que se pretendia no indivíduo a ser inserido na nova ordem socioeconômica.[17]

No entanto, certo é que o *racismo* se estrutura a partir de uma condição inerente ao grupo oprimido.[18] A cor da pele é uma característica (a princípio) imutável.[19] A importação das teorias de inferioridade racial não surge como causa das práticas racistas na sociedade brasileira, mas serviu para legitimar as práticas já existentes, em um ambiente onde as relações materiais eram compatíveis com a teoria, adequando-se, portanto, às relações de poder e dominação

17. O autor pondera que, de modo contrário, o *negro da casa-grande* – o qual se relacionava melhor com os brancos, herdava roupas, aprendia a ler e escrever, teve um mínimo suporte material – não teria sido mais bem inserido na sociedade de classes (FERNANDES, 2008, p. 115).

18. Para Florestan, "a conversão do 'escravo' e do 'liberto' no 'preto' respondeu à necessidade social de se limitar a democratização dos direitos e garantias sociais universais do cidadão na esfera racial. Portanto, não foi a imagem negativa e restritiva do 'preto' que criou a discriminação e o preconceito raciais. Porém, o inverso. A existência e a persistência de ambos é que conduziram à formação de tal imagem, que iria servir como catalizador dos processos que impediriam a rápida absorção do 'negro' pela estrutura da sociedade de classes em expansão" (FERNANDES, 2008, p. 384).

19. Ainda de acordo com Florestan, "A 'cor' se tornou, a um tempo, marca racial e símbolo indisfarçável de uma posição social. A intolerância diante do 'preto', no contexto histórico-social que descrevemos, não visava os indivíduos por pertencerem a determinada 'raça'. Mas os atingiam à medida que eles se mostrassem inconformados e rebeldes, em face daquela rígida associação entre 'condição racial' e 'condição social'. Nesse caso, as marcas raciais acabavam operando como pontos de referência. Serviam para identificar uma parcela na população local que devia se manter e ser mantida numa situação 'inferior'" (FERNANDES, 2008, p. 386).

do período. Trata-se da produção (ou importação) do saber voltado à manutenção das relações de poder.[20]

Frantz Fanon (2008) indica a concepção de uma *alienação* propriamente *colonial*, na qual os indivíduos perdem a capacidade de se autodeterminar enquanto seres humanos, emergindo a concepção racial ou a racialização do outro. Há uma negação da humanidade do indivíduo de pele negra, que passa a ser concebido como *o outro*, como *homem negro*, ao passo que a imagem do colonizador europeu é a imagem universal do ser humano. Não se fala em cultura branca ou cabelo branco como se fala em cultura negra e cabelo negro. É a padronização do homem branco e seu *status* de universalidade.

Não é demasiado afirmar que o racismo foi e é funcional à dominação das elites, mas que não se limita apenas a tal relação, expandindo-se às demais relações e às interações sociais. Nesse âmbito, segundo Callinicos (2000), a ideologia racista é um elemento subjetivo na relação de pertencimento. Sua intensidade variaria de acordo com a organização da luta de classes. Um alto nível de organização transferiria a percepção de pertencimento de grupo da questão racial, na qual o trabalhador branco se vê como pertencente a uma classe superior ao trabalhador negro[21], e passa a se enxergar como pertencente a um grupo único de trabalhadores – trabalhadores negros e brancos contra a repressão das classes exploradoras.

De todo modo, o inegável é que a importação das teorias criminológicas raciais não é a causa da instituição do racismo no relacionamento da sociedade brasileira. É apenas legitimador, mas não criador. Legitima uma relação material de caráter excludente preexistente, e não define uma nova a partir de sua instituição (DUARTE, 1988, p. 373-374). É uma realidade atrelada à não superação concreta dos "padrões de relações raciais inerentes à ordem escravocrata e senhorial" (FERNANDES, 2008, p. 303).

Ademais, o processo de pauperização seria o fator sociodinâmico essencial do desajustamento estrutural da população negra na ordem social urba-

20. O próprio saber geral construído no Brasil *transforma* o violento e sanguinário *processo colonizador*, envolvendo estupros, tortura e repressão dos colonizadores em nome do processo civilizador, cujos efeitos podem ser exemplificados pelo extermínio da população nativa, *em processo de descobrimento*. Não por outro motivo, afirma-se que o descobrimento do Brasil ocorreu em 1500.

21. Os negros são bodes expiatórios; intensifica-se a luta intraclasse por meio do elemento racial; o orgulho branco é uma satisfação psicológica de uma classe de autoestima ferida, sendo o racismo uma solução imaginária aos problemas concretos dos trabalhadores, como pobreza, desemprego, exploração (CALLINICOS, 2000).

na (FERNANDES, 2008, p. 271-272), e não os traços culturais e psicológicos oriundos da vida anteriormente rústica. Nesse sentido, Mascaro (2013, p. 76) assevera que os:

> (...) povos do norte da Europa são considerados oriundos de raças mais puras e historicamente mais evoluídas que os peruanos e bolivianos não porque no passado os incas fossem de pior engenho e cultura civilizacional comparados aos bárbaros europeus, mas porque o poderio capitalista dos europeus hoje é maior que o dos latino-americanos.

Em suma, aliado ao controle social por meio da marginalização urbana e todos seus nefastos efeitos referentes à vedação ao direito à cidade[22], o sistema penal, relegitimado pelos discursos criminológicos, continua exercendo seu papel de manutenção de relações de poder, de hierarquia, submissão e dominação, com práticas institucionais violentas, ainda marcadas pela intervenção corporal (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 448), voltadas ao controle, à repressão e ao adestramento da população negra, agora estereotipada como inferior, impulsiva, incivilizada, animalizada, vagabunda e desordeira, e isolada da ordem econômico-social.

4. POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS

Alguns acontecimentos ao longo do período em que, após um golpe de Estado, fora instaurada a ditadura militar no Brasil, contribuíram de forma relevante para o atual cenário da política criminal brasileira.

A primeira característica do governo militar a se apontar é a reestruturação da militarização das polícias e a alarmante intensificação da violência institucional. Tortura, prisões ilegais, censura, violação de direitos humanos e grupos de extermínio eram práticas comuns no antigo regime.[23]

22. Cf. LEFEBVRE, 2011.

23. Conforme expõem Zaffaroni e Batista (2015, p. 478), "as agências policiais que promoviam a criminalização secundária desta programação [da ditadura militar] excediam sistemática e rotineiramente suas balizas. Conjugando repartições policiais civis e repartições militares, o subsistema penal DOPS/DOI-CODI, especialmente entre 1968 e 1974 – quando organizações políticas clandestinas optaram pelo enfrentamento armado – torturou, matou e ocultou o cadáver de centenas de pessoas. O subsistema penal DOPS/DOI-CODI engendrou uma estrutura que colocou em contacto com a repressão manifestamente política policiais que, a partir do final dos anos cinquenta, haviam dinamizado procedimentos ilegais de execução sumária de

O segundo aspecto marcante em relação às práticas punitivas e de controle social foi a implementação da doutrina de segurança nacional que, dando início aos discursos de lei e ordem, transformava a droga no inimigo interno, inclusive associando seu consumo a uma eventual estratégia comunista – citando Lenin e Mao em documentos oficiais – para acabar com o mundo ocidental (BATISTA, 1998, p. 84-85). Assim, procedeu-se à alteração do até então modelo sanitário de política de drogas para o modelo bélico e seus métodos de guerra, seguindo o padrão norte-americano (BATISTA, 1997, p. 137) – país que inclusive deu suporte material ao golpe de Estado em questão.

Entre o final dos anos 1970 e o início dos anos 1980, com a entrada da cocaína e sua rentabilidade, o tráfico de drogas se torna mais bem estruturado no Brasil, proporcionando situações de trabalho capazes de cumprir função de estratégia de sobrevivência (BATISTA, 1988, p. 85-131). O recrutamento do tráfico se deu essencialmente nas favelas, em razão da enorme vulnerabilidade social de seus habitantes – em geral, pobres, desempregados ou subempregados, sem a devida efetivação de direitos sociais, isto é, sem a satisfação de suas necessidades materiais (WACQUANT, 2006, p. 10; MISSE, 1993). Observa-se, ainda, que o período de transição entre a ditadura militar para a redemocratização foi marcado pela hiperinflação e pelo aumento da pobreza (AZEVEDO, 2009), bem como pela ausência de distribuição e efetivação de direitos, constituindo o que Iturralde (2010) chama de "democracia sem cidadania".

Nesse contexto, há não só uma mudança quantitativa, mas qualitativa da criminalidade, envolvendo uma organização armada. O aumento da criminalidade simultâneo ao processo de redemocratização envolve o crescimento de homicídios entre homens jovens, sequestros e roubos (ZALUAR, 2007).

A emergente insegurança urbana, que naturalmente deveria ser minimizada pelas forças de ordem, acaba sendo por elas agravadas. Wacquant (2006, p. 11) acerta ao apontar o relacionamento da polícia com a venda de drogas e de armas, com a prática de tortura como meio de obtenção de provas, com extorsões e demais atividades ilegais, recebendo dinheiro em troca de tolerância ou proteção, causando um clima de terror entre as classes baixas e normalizando a violência institucional.

Em tal contexto, conforme criticamente analisa Nilo Batista (1990, p. 168):

> (...) o estereótipo do delinquente se fixa na figura do favelado. Pouco importa que, de 100 mortes no Rio de Janeiro, apenas duas estejam associadas a

suspeitos ou acusados, geralmente de crimes patrimoniais, ou mesmo simplesmente de mendigos, sob a designação de 'esquadrão da morte'".

> um assalto e 35 causadas por motoristas imprudentes (as restantes são episódios interindividuais – homicídios dolosos –, ou "mortes institucionais"): nossa figura do matador não é um homem de classe média sentado no seu carro, e sim o assaltante armado. Pouco importa que o dano econômico e social produzido por um só dos grandes crimes de colarinho branco (falências fraudulentas, sonegações fiscais, evasão de divisas, etc.) supere de mil vezes o somatório de todos os roubos e furtos: nossa figura do ladrão não é um banqueiro desonesto sentado em seu escritório, e sim o assaltante ou mesmo o ventanista.

Não por outro motivo, a favela aparece como o *habitat* natural de pessoas perigosas, como se fosse um conjunto ou organização *voluntária* e homogênea, e não um ambiente heterogêneo produto da marginalização e segregação urbana, econômica e social, cria do próprio sistema, conforme aqui já indicado. Ademais, a concepção de criminalidade natural dos *favelados* vem desde a construção das favelas de modo *ilegal* ou *abusivo*, como se tais pessoas fossem incapazes de respeitar a lei (SABORIO, 2016a, p. 182). Assim, por não respeitarem a lei, são vistos como não cidadãos, violadores do suposto contrato social, de modo a não merecerem ser sujeitos de direitos efetivados. A guerra às drogas no interior das periferias representa a transformação de um problema socioeconômico em um problema de segurança pública.

Antes de prosseguirmos, faz-se necessário discorrer brevemente sobre a ressignificação do crime no contexto de notório aumento de criminalidade urbana e de percepção subjetiva de insegurança, propiciando relevante impacto no campo de controle do crime. Garland (2008, p. 346) fala em *complexo do crime*, uma mudança na representação cultural acerca do *fenômeno criminológico* atrelada à nova organização social.

A Nova Penologia (FEELEY; SIMON, 1992) surge em um cenário globalizado envolvendo (i) o reconhecimento da insuficiência do modelo estatal de monopólio do combate à *criminalidade* e (ii) a consagração da política econômica neoliberal[24], na qual se polariza cada vez mais a concentração de riquezas, aumentam-se a pobreza e a criminalidade contra a propriedade privada, cria-se um alarme social e conceitua-se o inimigo, o não cidadão. Não se trata de uma nova teoria do crime, mas de uma nova forma de lidar com a questão criminal.

24. Segundo Nascimento (2008, p. 17), é introduzida no Brasil logo após o término da ditadura militar, notadamente no governo de Fernando Collor, com a mudança do "obsoleto e ineficiente modelo burocrático pelo ágil e austero modelo gerencial, inspirado na eficiência da gestão privada".

A função correcional da pena, fundada em diagnósticos do *criminoso* e em sua ressocialização, é abandonada.[25] Fala-se agora no objetivo meramente neutralizador da pena (transição da prevenção especial positiva à negativa), definido por meio de probabilidades, projeções e riscos do sujeito, caracterizado por características que o definem como pertencente a grupos de alto risco criminal. Trata-se da gestão da segurança social, do controle eficiente do sistema e da vigilância sobre segmentos da população. Ademais, a política criminal passa a ser voltada à redução do medo do crime, e não à redução do crime propriamente dito (GARLAND, 2008, p. 54).

Esse procedimento é, todavia, acompanhado por um paradoxo: de um lado, a teoria criminológica da vida cotidiana (GARLAND, 2008, p. 247), que interpreta o crime como um fato social normal, uma escolha racional. É o crime como oportunidade em razão da ausência de controle. Como resposta, propõe-se um controle situacional – não procura alterar indivíduos, mas as situações, que são criminógenas. Do outro lado, a antiga criminologia do *outro*, do inimigo, a qual retoma a ideia do Leviatã e oferece políticas criminais repressivas, punições expressivas, mas meramente simbólicas. A primeira naturaliza e banaliza o crime. A segunda demoniza o criminoso. Vigilância permanente e exclusão.

Conforme observa Müller (2012), a importação e a apropriação da supracitada tendência a países da América Latina produziriam efeitos de maior intensidade se comparados aos de países europeus e Estados Unidos, em razão de uma maior precariedade do ambiente jurídico referente à política de proteção dos direitos humanos, resultando numa forma de penalização da pobreza e dos vulneráveis ainda mais violenta e arbitrária.

Em relação ao tema do presente artigo, é possível verificar a receptividade e a aplicação de tais tendências no Brasil em três principais aspectos: a militarização do território da marginalidade urbana; a política de encarceramento em massa; e o massacre da juventude negra nas periferias.

4.1. Militarização da marginalidade urbana e letalidade policial

Retomemos ao cenário do aumento da insegurança e da criminalidade urbana, da rotulação do favelado como criminoso e da favela como ambiente

25. Não que tivesse sido efetivada em algum momento da história do sistema carcerário brasileiro. Não obstante, a mudança do discurso da pena certamente produz efeitos na realidade.

criminógeno, bem como da mudança de política de drogas para o modelo bélico. O medo do crime não foi construído, salienta-se, por meio de uma invenção política ou midiática. Houve, de fato, uma questão empírica que daria margem e justificaria a promoção do populismo penal, que viria logo a seguir (ZALUAR, 2007). A criminalidade urbana é, portanto, uma realidade concreta (PLATT, 1978).

Nessa conjuntura, verifica-se o início do que Nilo Batista chama de política criminal com derramamento de sangue, a qual, segundo o autor, "contempla o extermínio como tática de aterrorização e controle do grupo social vitimizado [jovem, negro, pobre]" (BATISTA, 1997, p. 129).

A questão da letalidade policial em meio à política de guerra às drogas é mais bem dimensionada quando comparada à realidade norte-americana. A polícia dos Estados Unidos da América, país cuja população é formada por aproximadamente 300 milhões de habitantes, mata entre 200 a 400 pessoas por ano. Somente no estado do Rio de Janeiro, com cerca de 16 milhões de pessoas, constata-se a ocorrência de mais de mil mortes causadas pela polícia, no mesmo lapso temporal (SABORIO, 2016a, p. 185-186).

Vera Malaguti Batista percebe, pela leitura de processos, que a abordagem policial a resultar em detenção é justificada majoritariamente por relatos de uma *atitude suspeita*, cuja associação é feita não a partir de determinadas condutas praticadas, mas de estereótipos e pertencimento a um determinado grupo social – qual seja, o supracitado (BATISTA, 1998, p. 101-116). Conforme expõe Vera, "jovens pobres pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do Aterro, na Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol" (BATISTA, 1998, p. 103). Recorda-se que essa mesma abordagem era um mecanismo de controle social utilizado para prender escravos recém-libertos no século XIX, como apontado anteriormente.

A construção da figura do inimigo, nessa lógica de guerra, legitima a privação de direitos do grupo de pessoas estigmatizado e, consequentemente, convalida a ação policial violenta e sua prática de tirada de suas vidas.

A efetivação de direitos é apoiada no senso de cidadania. Para ser *titular de direitos*, deve-se ser *cidadão* – e não meramente *humano* (ŽIŽEK, 2005). E o inimigo atual (traficante pobre negro) é o inimigo interno, o que o transforma em não cidadão. Orlando Zaccone (2015) classifica-os como *vidas matáveis*. A condição do corpo define a legitimidade da ação policial que mata o corpo negro. Há uma violência direcionada, cuja consequência é o debate acerca da condição da vítima, e não do modo de atuação policial: o morto era trabalhador ou traficante?

Ainda, o local da morte também é relevante: se ocorreu na favela, considerada como zona de risco e de constantes combates entre polícia e traficante, entende-se que a morte também é legitimada. Sebastian Saborio (2016a, p. 185) verifica que, além dos membros das facções criminosas, toda a população que habita a favela é considerada como potencial inimiga de guerra, sendo desnecessária a asseguração dos mesmos direitos que possuem os *cidadãos honestos*. Nesse sentido, os métodos ilegais de controle utilizados pela polícia, como a tortura e a execução sumária, são aceitos e tornados legítimos para uma parte da população, como se fossem essenciais à efetivação do direito à segurança da outra parte. Recentemente, um tenente-coronel subcoordenador de Polícia Pacificadora assumiu que as invasões a casas de moradores de favelas do Complexo do Alemão sem mandado judicial são parte de estratégias da polícia.[26] O poder bélico das facções criminosas transforma a morte de inocentes (mas habitantes da favela, e por isso, vistos como coniventes com o crime) em um risco englobado e que deve ser encarado (e aceito) na guerra contra a criminalidade e contra os perigosos (SABORIO, 2016b, p. 97).

Em defesa dos direitos humanos, da distribuição de ajuda humanitária e da democracia, faz-se guerra e mata-se (ŽIŽEK, 2005).

Assim como Zaccone, Caco Barcellos (1997) relata todo o procedimento de legitimação da letalidade policial: criação de mecanismos para inviabilizar a produção de provas reais; violação do local do crime pela polícia, que, ao contrário, deveria impedi-la; retirada do cadáver e busca posterior por objetos potencialmente incriminadores; "provas" limitadas ao depoimento dos próprios policiais; intimidação e constrangimento das testemunhas reais; indução de pessoas que não presenciaram a cena a testemunhar em favor da polícia e a relatar o histórico de vida do morto, em supostos envolvimentos com uso excessivo de álcool ou de drogas; desmoralização da vítima e inversão dos papéis: matadores como vítimas e vítimas como bandidos; práticas contra vítimas pobres e já marginalizadas, que não despertam o interesse midiático, transformando o processo em mera burocracia, inexistindo investigações profundas. Todos esses elementos são o suficiente para o enquadramento das execuções em autos de resistência – mais uma das terríveis heranças deixadas pela ditadura militar –, que se tornam praticamente irrefutáveis com a posterior juntada de antecedentes criminais da vítima.

26. Disponível em: [http://ponte.cartacapital.com.br/invasao-de-casas-no-alemao-e-estrategia-para-implantar-base-admite-pm]. Acesso em: 26.04.2017.

A violência é tutelada pelo direito, integra-se à legalidade, à forma da lei. A violência policial é, posteriormente, contemplada pela violência judicial. Segundo Orlando Zaccone, o alto número de homicídios entre 2000 e 2007 – com mais de 1300 autos de resistência neste último –, no Rio de Janeiro, teria funcionado como uma preparação para a instalação das UPPs.

Essa militarização da marginalidade urbana, segundo Wacquant (2006), desestrutura todo o tecido urbano e a estrutura social, impedindo a construção de um controle social informal próprio e coeso. As Unidades de Polícia Pacificadora, no entanto, apenas continuam a política de guerra às drogas, todavia travestida de paz, sob o discurso de atuar em favor dos moradores das favelas e com eles construir um relacionamento íntimo (SABORIO, 2016b).

Forma-se um círculo vicioso entre territorialização da exclusão social e da violência: a exclusão produz violência, que legitima a desigualdade, a qual não se refere somente às questões econômicas, mas à própria efetivação de direitos fundamentais e à posse dos serviços de base que o Estado deveria oferecer. Nesse sentido, é imperioso indicar que dos 16,2 milhões de brasileiros vivendo na extrema pobreza, 70,8% são negros; entre os analfabetos, 80% são negros; 64% dos negros não completaram a educação básica[27]; o salário médio dos negros no Brasil é 2,4 vezes menor do que a média salarial recebida por cidadãos brancos e de origem asiática[28]; o desemprego é 50% maior entre os negros em comparação aos brancos; a participação econômica dos negros no PIB é de apenas 20%; a expectativa de vida dos negros é menor em comparação a dos brancos.[29]

De modo geral, a circunstância anteriormente descrita corrobora o que Du Bois (1998) expressou como *o problema da linha da cor*, sendo esta uma segregação a partir da cor da pele, que determina condições diversas, mais ou menos privilegiadas, quanto ao acesso aos direitos fundamentais, refletindo nas favorecidas ou prejudicadas condições humana, política e social dos indivíduos.

Não raro, verifica-se que as instituições (como os sistemas policial e judiciário), ao invés de reduzir tais desigualdades, garantindo as necessidades reais e protegendo direitos, atuam de modo a ampliá-las, oprimindo e violentando ainda mais os mais pobres.

De tal sorte, o projeto de segurança urbana é construído a partir da insegurança (subjetiva) das classes média e alta, que se relaciona ao medo da

27. Compreende, no Brasil, a educação infantil e os ensinos fundamental e médio.

28. Os quatro primeiros dados até aqui são verificados no relatório da ONU, 2016b.

29. Estes últimos três dados estão disponíveis no relatório da ONU, 2014.

microcriminalidade, da violência urbana, não obstante sejam os indivíduos pertencentes aos grupos mais vulneráveis as maiores vítimas da violência, como se tem demonstrado aqui. Essa conjuntura é devidamente refletida nas pesquisas de insegurança subjetiva – apesar de não serem necessariamente proporcionais. Enquanto 65% da população com renda familiar mensal acima de dez salários tem medo de morrer assassinado, essa mesma insegurança atinge 78% das pessoas com renda familiar mensal inferior a cinco salários mínimos (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016). A busca pela efetivação de percepção subjetiva de segurança para as classes média e alta é construída por práticas que aterrorizam a população pobre, mediante a sistemática retirada de direitos da população mais vulnerável, dos marginalizados, dos quais a população negra é, essencial e literalmente, a vítima fatal, como verificado pelo número e pela porcentagem das mortes apresentados na introdução. E isso tudo se sucede indiferentemente a uma real contenção da criminalidade (GIAMBERARDINO, 2010, p. 38).

4.2. Sistema judiciário e o encarceramento em massa de negros

Por outro lado, além da militarização da marginalidade urbana e da letalidade policial, a política criminal de repressão e segregação social é sustentada pelo encarceramento em massa.

Essa tendência emerge, no Brasil, a partir da década de 1990, também como reflexo do populismo do medo (CHEVIGNY, 2003). Em resposta ao aumento da insegurança subjetiva e objetiva, medidas legislativas tomadas (em especial a Lei de Crimes Hediondos – Lei 8.072/90) impactaram diretamente no crescimento da população, cujo percentual de aumento verificado entre 1990 (90 mil) e 2014 (607,7 mil) é de 575% (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Assim como as taxas de letalidade policial, os índices de encarceramento atestam uma considerável desproporção racial. No âmbito jurídico e prisional, é importante a verificação de um pertinente aspecto: somados, os crimes de tráfico e roubo representam aproximadamente metade da população carcerária (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 69). Sem embargo, a particularidade em questão se atrela à extensa margem de discricionariedade quanto à definição material entre furto ou roubo, e uso ou tráfico de drogas.

Na primeira hipótese, uma abstrata e sutil diferença pode levar o réu da pena alternativa à pena de prisão: emprego de violência ou grave ameaça. Não raro, nas práticas judiciais, "qualquer ato relativamente constrangedor é qualificado como violência e qualquer intimidação se converte em grave ameaça" (CARVALHO, 2015, p. 641). Salo de Carvalho se atenta a outras duas situações de

desproporcionalidades associadas à letra da lei ou à sua aplicação. Em que pese haver uma criminalização própria para o ato de ameaça, esse tipo penal não é utilizado como parâmetro para verificação do que seria uma *grave* ameaça, capaz de alterar o enquadramento penal de uma ação e, consequentemente, produzir severos efeitos. A outra circunstância se refere à previsão da pena mínima prevista para o crime de roubo e de homicídio simples. A pena mínima de quatro anos para o roubo e de seis para o homicídio simples reforça a tese de que o programa de *controle social formal* da sociedade capitalista é centrado essencialmente na proteção ao patrimônio e na repressão dos despossuídos e dos meios de acumulação que negam e potencialmente colocam em risco as relações sociais que permitem a estruturação e organização da sociedade capitalista.

Quanto à hipótese referente ao tráfico de drogas, o poder discricionário concedido ao *magistrado* é ainda maior, conforme disposto na própria Lei 11.343/06, em seu artigo 28:

> § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Não obstante a determinação expressa de concessão ao juiz para a definição de enquadramento do autor como usuário ou traficante, tal disposição produz efeitos desde a primeira etapa da criminalização secundária. Uma vez que à prática de consumo de droga não é prevista a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade – ao contrário da pena ao tráfico, a qual é prevista entre 5 a 15 anos de reclusão –, o processo de criminalização secundária se encerra, muitas vezes, antes mesmo de chegar ao delegado de polícia. Contudo, conforme anteriormente demonstrado, a atuação policial é marcada e orientada[30] por *estereótipos* e *metarregras*[31], cuja construção tem início no Período Colonial e se manteve em razão da ausência de políticas de inclusão dos negros às esferas política, econômica e social. E a criminalidade começa a ser construída[32] e (re)produzida exatamente nessa conjuntura.

30. Luis Carlos Valois (2017, p. 638) narra, por exemplo, o episódio de um comandante da Polícia Militar do estado de São Paulo, em Campinas, que determinava transparentemente o direcionamento das abordagens policiais especialmente a indivíduos de cor parda ou negra.

31. Cf. BARATTA, 1980, p. 105-107.

32. Partindo da premissa da Criminologia Crítica, no sentido de que a criminalidade não existe na natureza, mas é uma realidade socialmente construída por meio dos

Nesse sentido, proceder-se-á à análise da prática dos atores da agência judicial para observar se tal atuação tem relevante contribuição na desproporcionalidade racial verificada na formação da população prisional. Como atesta Zaluar (2007, p. 32), sempre houve uma enorme distância entre a previsão (formal) e a efetivação (material) de direitos no Brasil, sendo imprescindível a verificação dos processos sociais (regras e práticas implícitas da conduta dos atores) que nela resultam.

Outra questão pertinente é também sobre desproporcionalidade racial, no entanto na composição das agências do sistema penal, que é proporcionalmente inversa à da população carcerária. Nesse sentido, a parcela da população negra corresponde a 15,7% da composição da magistratura brasileira. Quanto ao Ministério Público, é significativa a situação na Bahia: em que pese 76,3% da população ser identificada como negra, dos 470 promotores, apenas nove eram negros em 2013 (ONU, 2016b, p. 10).

Antes, não é demasiado afirmar que a desproporcionalidade racial na população prisional não é exclusividade brasileira. O tema é frequentemente debatido no âmbito da política criminal norte-americana – aquela responsável pela criação da política de guerra às drogas, que engloba o tipo penal de maior incidência no superencarceramento no Brasil.[33]

De tal sorte, embora consista em um contexto geopolítico distinto, uma breve e possível aproximação ao cenário estadunidense se justifica por três principais motivos: o primeiro se refere ao também longo período de exploração da força de trabalho escravo de negros – do século XVII ao século XIX; o segundo se relaciona às intensas e contínuas práticas racistas institucionais, mesmo após a abolição da escravidão (ALEXANDER, 2010; DAVIS, 2003, p. 29); por fim e não menos importante, há ainda o fato de que os Estados Unidos da América representam hoje uma potência política, cultural e economicamente hegemônica e dominante no âmbito global, de modo que são inegáveis as práticas de importação (ou americanização) das estratégias de controle social e do crime (PAVARINI, 2009, p. 76-80), notadamente de forma mais intensa em países emergentes na ordem mundial, como é o caso do Brasil.

Sellin (1935) aponta a impossibilidade de transformação da imparcialidade teórica do juiz a uma atuação, de fato, livre de todas as preconcepções, algo

processos de criminalização primária e secundária.

33. De acordo com o relatório do DEPEN (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014), é o crime de maior representatividade na população prisional brasileira, responsável por 27% dos encarcerados.

que seria inclusive contrário aos atributos da natureza humana.[34] Não por outro motivo, conclui que a igualdade perante a lei é uma ficção social.

Blumstein (1982), no entanto, define que a maior causa da desproporcionalidade racial se relaciona à desproporcionalidade no cometimento de crimes violentos. Para o autor, reduzir o racismo das agências do sistema penal produziria pouco efeito, devendo-se focalizar no aspecto socioeconômico, uma vez que as condições da sociedade e de vida refletem na vulnerabilidade social, e esta, por seu turno, refletiria no cometimento de específicas modalidades de crimes.

Não obstante, a criminologia crítica já demonstrou inexistir *fatores causais* da *criminalidade*. Há, todavia, processos de criminalização, nos quais a reação social tem fundamental papel. Não raro, é exatamente nesse contexto que se insere o elemento da vulnerabilidade do sujeito. Ela é capaz de interferir na *reação social*, isto é, no processo de criminalização secundária, como sustentam Zaffaroni e Nilo Batista (2015, p. 47-51).

Dito isso, é inadequado sustentar categoricamente que a população negra é responsável pela maior porcentagem de cometimento de crimes violentos. Para tanto, destacam-se as questões da cifra negra em geral e da ausência de resolução das investigações de homicídios. Estima-se que ambas as taxas das referidas circunstâncias variem entre 90% a 95% dos casos na realidade brasileira.[35]

Também é importante frisar que esse tipo de abordagem estatística acrítica (que toma a *criminalidade* por meio de bancos de dados e estatísticas, pelas cifras criminais oficiais) é o responsável pela tendente *política criminal atuarial*, que, hoje, em vez de indicar o racismo institucional, classifica indivíduos em grupos de riscos criminais e reflete na produção e reprodução do estigma de uma categoria criminosa – jovens negros e pobres –, gerenciando-a e encarcerando-a.

34. "The judicial toga can never be a symbol of theoretical impartiality in justice. When the judge dons his robes of office he is unable to divest himself of his social beliefs and prejudices. When he sits in judgment he cannot, like the goddess of justice, blindfold the eyes of his inner self and become an abstraction, a symbol, uninfluenced by the currents of thought which throughout his life have left their impress upon his emotions. The prisoner who stands before him is not merely an offender who must be dealt with according to rules laid down by lawmakers, but he is a person who represents a class or group in society toward which the judge may have certain feelings, perhaps of disapproval or approval. It would be denying to the judge the ordinary attributes of human nature if we were to assume that he could render justice free from all preconception" (SELLIN, 1935, p. 213).

35. Disponível em: [http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html]. Acesso em: 03.04.2017.

Não por outra razão, "a estatística policial, p. ex., nos diz mais sobre a polícia do que sobre os criminosos" (BECKER, apud CARVALHO, 2015, p. 636).

Justamente nessa direção, Tonry (1994) aponta que as práticas discriminatórias são produzidas já em momento anterior à decretação de sentença. As políticas de controle são seletivas, e o racismo *indireto* (prévio à atuação dos magistrados) é elemento considerável na produção da desigualdade nos dados de detenção. De todo modo, concorda que a decretação de sentenças fundadas em racismo não é o que produz a grande parte da desproporcionalidade racial. De tal sorte, o autor aponta o papel fundamental da política de guerra às drogas, que, em que pese não resultar efetivamente na diminuição do uso de entorpecentes, contribui majoritariamente nas disparidades raciais da formação da população prisional.

Ademais, é imperioso esclarecer que a *saúde pública*, tão proclamada como sustentação da política de guerra às drogas, é marginalizada em políticas públicas concretas. O dinheiro investido na guerra às drogas não é capaz de tutelar concretamente a saúde pública. A referida guerra, na realidade, tira mais vidas do que se propõe a proteger – direta e indiretamente: direta pela letalidade policial; indireta pelo alto investimento financeiro numa suposta política de defesa à saúde pública que é, na prática, ineficaz, enquanto as políticas públicas (e a verba) poderiam ser direcionadas para a efetivação de melhorias da saúde pública em concreto, na construção de hospitais, na melhoria de infraestruturas, na contratação de mais profissionais, na maior distribuição de remédios etc., ou a outros modelos de prevenção, conscientização e tratamento quanto ao uso de drogas, de modo mais ativo do que reativo. Por fim, paradoxalmente (ou não), a saúde pública pretensamente defendida é totalmente negligenciada no cárcere, local para o qual são remetidos aqueles que a *ofendem*, e onde o percentual de contaminação de AIDS, tuberculose e hepatite é extremamente elevado.[36]

De todo modo, Roger Matthews (2009, p. 231 – tradução livre) assevera haver:

> (...) consideráveis evidências tanto do racismo direto quanto indireto em diferentes estágios do processo de justiça criminal. Há também evidências de racismo cumulativo operando em diferentes pontos de tal processo; de estereótipos e bodes expiatórios; e de específicas formas do racismo operando nas principais agências de justiça criminal, particularmente entre a polícia e seções do Judiciário.

36. Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016.

A realidade brasileira não difere do cenário norte-americano.

Sérgio Adorno, com a mesma abordagem metodológica de análise de sentenças judiciais[37], nota, por exemplo, a ocorrência de: maior incidência de prisões em flagrante de negros do que brancos; maior número de manutenções de prisão em flagrante para réus negros; mais réus brancos respondendo em liberdade, o que influencia posteriormente a decretação de sentença; maior dependência de assistência jurídica pública por negros; número maior de réus negros que deixam de usufruir de provas testemunhais; maior consideração e validade da produção de provas testemunhais a favorecer e beneficiar mais réus brancos do que negros.

Adorno conclui, portanto, que a *cor* é elemento discriminatório na distribuição e aplicação da justiça.[38] Não obstante, o dado acerca da maior dependência de assistência jurídica pública indica uma pior condição econômica dos negros em geral. Tal fator pode possibilitar a compreensão de que a prática discriminatória das agências do sistema penal se amarra a questões de classe, e não de raça. O preconceito seria não contra o negro, mas contra o pobre. De todo modo, evidentemente tais questões interagem entre si. E não somente elas. Questões geográficas, etárias e de gênero também se relacionam (MATTHEWS, 2009, p. 204-231). Isso não significa, portanto, que são fatores excludentes. A discriminação racial não exclui a discriminação de classe. De modo contrário, é reforçada por esta.

4.3. A negação à permanência do racismo

Quanto à negação do racismo, Angela Davis (2003, p. 24) percebe uma tentativa de classificá-lo como uma *aberração do passado*, não obstante permaneça ele influenciando e definindo profundamente estruturas, comportamentos e atitudes contemporâneos. Nesse sentido, enquanto, na realidade estadunidense, Michelle Alexander indica a emergência de um racismo *colorblind*, no Brasil, semelhante processo é contemplado pelo discurso da *democracia racial*.

Segundo Alexander (2010, p. 79), "não é mais permitido odiar o negro, mas podemos odiar o criminoso". Trata-se, portanto, de um racismo formalmente

37. O autor investigou sentenças de primeira instância de crimes de roubo, tráfico de drogas, latrocínio, tráfico qualificado e estupro ocorridos em São Paulo, julgados em 1990.

38. "(...) se o crime não é privilégio da população negra, a punição parece sê-lo" (ADORNO, 1996, p. 283).

desvinculado de referência à cor, mas que se atrela à condição social e a *status* sociais associados a comportamentos desviantes de sujeitos estigmatizados (GIORGI, 2016, p. 455). E é justamente na construção do inimigo interno, notadamente na política de guerra às drogas, que se solidifica o estigma de criminoso e de traficante ao jovem negro (ALEXANDER, 2010, p. 79).

Dando margem para a confirmação de tal assertiva, recentemente, o ex-Ministro da Justiça, Osmar Serraglio, na vigência de seu cargo no Poder Executivo, sustentou que, ao olhar nos olhos de um indivíduo, pode reconhecê-lo como um potencial assaltante, como criminoso. Esse diagnóstico seria o suficiente para distinguir o traficante do usuário, o criminoso do estudante.[39]

Ademais, alega-se também uma questão referente à composição dos operadores primários da guerra às drogas. Não raro, policiais e civis que matam e morrem têm a mesma origem: são pobres e não brancos. Esse entendimento se dá na equivocada lógica de compreensão do racismo como manifestação individual. Nesta análise, se um negro mata outro negro, não há como se falar em racismo.

Mais do que procurar oportunidades iguais para atuar nas atividades de opressão, deve-se buscar compreender o funcionamento das agências, para que as estruturas onde se estabelece o racismo sejam rompidas. Uma vez mais, o fenômeno racista deve ser menos compreendido em suas expressões individuais, e mais como condições sistêmicas, institucionais e estruturais. Essas violências que extrapolam o caráter individual são mascaradas pela inexistência de intervenções e respostas penais, as quais são limitadas essencialmente à esfera individual (BARATTA, 1990, p. 16). O racismo, como prática pessoal, é criminalizado. *Todos são iguais perante a lei*. Essa leitura acrítica, oriunda da expressão e da perspectiva essencialmente jurídica de mundo da sociedade capitalista[40] e influenciada pela ideologia do Direito[41], viabiliza a propagação da falsa idealização de que racismo, no Brasil, é um tema já superado.

Nesse sentido, o sistema penal funciona como um processo de invisibilidade social, mascarando a violência estrutural existente contra a população negra. No encarceramento da população negra e marginalizada, intenta-se en-

39. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/10/ministro-da-justica-repete-teoria-racista-para-dizer-que-reconhece-criminoso-pelo-olhar/]. Acesso em: 20.04.2017.

40. Cf. PACHUKANIS, 1988.

41. Cf. MELOSSI, 1991.

carcerar simultaneamente a desigualdade social – do controle social nos guetos ou nas favelas ao controle no cárcere (WACQUANT, 2013, p. 57-80).

Em processo cíclico, o racismo produz, portanto, desde vulnerabilidade social a mortes prematuras (GIORGI, 2016, p. 455).

5. Considerações finais

Três relatórios da ONU (2014; 2016a; 2016b) atestam que há, no Brasil, um racismo institucionalizado e estrutural. Não é exclusividade do campo de controle do crime, no qual os negros são os mais encarcerados (e por mais tempo), violentados, torturados e executados sumariamente por policiais de maneira posteriormente contemplada por lei. É uma relação que se expande por todos os setores da sociedade, englobando o processo de distribuição de riqueza, as atividades e oportunidades educacionais e laborais, o acesso à saúde, a ocupação em postos de governo, na posse dos serviços teoricamente garantidos pelo Estado. Todos esses elementos se relacionam como condição de opressão, subjugando o negro na estruturação da sociedade.

Assim como a segregação urbana e social e a pobreza, processos de criminalização sempre acompanharam a população negra no Brasil, servindo como mecanismos específicos de controle social propositadamente construídos e estruturados. A desproporcionalidade racial no número de presos e mortos pela polícia não é mero acaso. Não por outro motivo, não há como se limitar à ideia de racismo como manifestação individual que se revela raramente nas relações sociais e que influencia minimamente a política criminal brasileira. Trata-se de uma questão estrutural e institucional.

Nessa conjuntura, tem papel fundamental a ausência de produção do saber criminológico propriamente brasileiro, devidamente contextualizado e construído a partir das particularidades do desenvolvimento do País. A criminologia brasileira é claramente secundarizada e marginalizada nas próprias universidades. Um simbólico e representativo exemplo de tal conjuntura é a declaração de Alexandre de Moraes, atual ministro do Supremo Tribunal Federal, enquanto ocupava o cargo de ministro da Justiça. Na ocasião, Moraes sustentou que o País precisa de mais investimento em armas e menos em pesquisas.[42]

Conforme notado por Agozino (2004, p. 349), as justificativas criminológicas utilizadas anteriormente na racionalização do imperialismo são readap-

42. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/11/cinco-razoes-para-derrubar-o-ministro-da-justica/]. Acesso em: 20.04.2017.

tadas e reimportadas às metrópoles para justificar o controle repressivo das classes não dominantes. Com as devidas análises culturais e institucionais da sociedade brasileira, essa prática de importação do saber criminológico é notadamente organizada e apoiada no racismo, recaindo aos negros, quantitativa e qualitativamente, os excessos repressivos praticados no campo de controle do crime.

Não obstante, demonstrou-se como a incorporação da hipótese de inferioridade racial, carregada pela criminologia positivista, não é a responsável pela *criação* do racismo, mas pela contínua legitimação das relações sociais existentes anteriormente a ela. As teorias criminológicas são utilizadas como um saber legitimador das relações de opressão, cumprindo função de controle da população negra em um momento de transição da organização social, em especial da sociedade escravocrata à sociedade de classes. O elemento racial sempre representou um papel central nos processos da construção da marginalidade e da ideia de criminalidade, notadamente suportados pela definição de estereótipos e estigmas. Indicou-se como a atual política de guerra às drogas cumpre semelhante finalidade.

Ao longo da história brasileira, o sistema de justiça penal repressivo ininterruptamente figurou entre os principais (quando não como o principal) mecanismos de controle social da população negra, tanto nos processos de criminalização primária, que surge do conflito, com a sobreposição do poder de um grupo sobre o outro, ao mesmo tempo (i) definindo crimes potenciais e especificamente voltados ao encarceramento da população negra e (ii) positivando em lei os crimes de injúria racial e discriminação racial, aparenta atuar exatamente no sentido oposto de sua prática, isto é, no combate ao racismo; quanto nos de secundária, operando, desde o período posterior à abolição da escravidão, como mecanismo a limitar a liberdade e os direitos daqueles que foram anteriormente escravizados, funcionando à preservação da estruturação das relações sociais verticalizadas, hierarquizadas e produzindo e reproduzindo o estigma do *negro* enquanto *criminoso* por meio da seletividade programada da atuação das agências do campo de controle do crime.

Ao *imputar crime à cor*, o estigma que transforma o *negro* em *criminoso* é o mesmo que impede sua ascensão e integração social. O discurso da democracia racial, que, inclusive, encontra amparo na letra da lei, mistifica a realidade e concede uma falsa ideia de superação do racismo na atual sociedade brasileira, potencialmente neutralizando eventuais reações às condições de desigualdade e impedindo sua concreta superação.

Não por outro motivo, é imprescindível a realização de uma análise radical, que vai à raiz do problema. Deve-se verificar o imediato – o empírico, o atual – e

buscar compreender sua concretude por meio dos processos e das relações sociais nele embutidos. Olhar o presente, compreender sua construção histórica e verificar as consequências dos processos pretéritos na determinação do atual. Destarte, supera-se a imediaticidade aparentada pelo empírico (a forma como ele se apresenta) e capta-se sua concretude, a síntese de suas múltiplas determinações.

Diante de tal perspectiva, é possível notar a prática do racismo na sociedade contemporânea como continuidade das relações sociais coloniais de domínio e opressão, que caracterizam o desenvolvimento da sociedade brasileira, e nunca foram rompidas. A construção dos conceitos de raça não seria possível sem o suporte das condições materiais e das relações sociais preexistentes, sendo ela, portanto, somente um mecanismo de legitimação.

A desigualdade entre brancos e negros quanto à efetivação de direitos fundamentais é expandida, intensificada e muitas vezes justificadas pelas próprias instituições estatais, como os sistemas policial e judiciário. Na sociedade brasileira, o racismo é continuamente suportado e reforçado pelo sistema penal.

Em suma, a violência, aliada à repressão penal, sempre foi elemento central nos mecanismos de controle social da população negra no Brasil. Escravidão, segregação urbana, marginalização econômica, não efetivação de direitos. O primeiro previsto em lei, os demais justificados por um suposto plano estatal de desenvolvimento da civilização brasileira, no qual o negro é direta ou indiretamente excluído.

Hoje, carregando permanências de um controle social de herança colonial, o encarceramento em massa, as atividades policiais letais e a militarização da marginalidade urbana, legitimados pela política de guerra às drogas, não fogem à regra e constituem a estrutura racista do sistema penal brasileiro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Racismo, criminalidade violenta e Justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 283-300, dez. 1996.

AGOZINO, Biko. *Imperialism, crime and criminology. Crime, Law and Social Change*, v. 41, n. 4, p. 343-358, May 2004.

ALEXANDER, Michelle. *The new Jim Crow*: mass incarceration in the age of colorblindness. New York: [Jackson, Tenn.]: New Press; Distributed by Perseus Distribution, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo G. Justiça penal e segurança pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, ano 3, 4. ed., p. 94-113, mar.-abr. 2009.

BARATTA, Alessandro. *Introduzione alla sociologia giuridico-penale*: criminologia critica e critica del diritto penale. Dispense del ciclo di lezioni tenute alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bologna, marzo-aprile 1980, Lorenzini, Bologna, 1980.

BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. *Revista IIDH*, San José, n. 11, p. 11-28, 1990.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66*. 29. ed. São Paulo: Globo, 1997.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 129-146, out.-dez. 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BLUMSTEIN. On the racial disproportionality of United States' prison populations. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 73, n. 3, p. 1259-1281, 1982.

CALLINICOS, Alex. *Capitalismo e racismo*. Trad. Rui Polly. Set. 2000. Disponível em: [www.iesc.ufrj.br/cursos/saudepopnegra/ALEX%20CALLINICOS_Capitalismo%20e%20Racismo.pdf]. Acesso em: 10.02.2017.

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

CHEVIGNY, Paul. The populism of fear: politics of crime in Americas. *Punishment & Society*, v. 5, n. 1, p. 77-96, 2003.

COHEN, Stanley. *Against criminology*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1988.

DAVIS, Angela. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003.

DIETER, Maurício. Sistema econômico e tutela penal do escravo no Brasil Imperial. *Discursos Sediciosos*: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, ano 17, n. 19/20, p. 613-647, 1º-2º sem. 2012.

DUARTE, Evandro. *Criminologia e racismo*: Introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. 1988. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1988.

DU BOIS, W. E. B. *As almas do povo negro*. Trad. José Pereira da Costa. Porto Alegre, 1998. [recurso digital] Disponível em: [https://afrocentricidade.files.wordpress.com/2016/04/as-almas-do-povo-negro-w-e-b-du-bois.pdf].

FANON, Frantz. *Pele negra máscaras brancas*. Trad. Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, v. 30, n. 4, p. 449-474, Nov. 1992.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*: o legado da "raça branca". 5. ed. São Paulo: Globo, 2008. v. 1.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016*. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf].

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIAMBERARDINO, André. Controllo sociale ed il traffico di droghe illecite in Brasile. *Studi sulla Questione Criminale*, v. 1, p. 25-58, 2010.

GIORGI, Alessandro de. Il razzismo strutturale e "colorblind" degli Stati Uniti d'America. In: ASSOCIAZIONE SOCIETÀINFORMAZIONE. *Rapporto sui diritti globale*. Roma: Ediesse, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

HUMAN RIGHTS WATCH. *O bom policial tem medo*: os custos da violência policial no Rio de Janeiro. Jul. 2016. Disponível em: [www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589].

IPEA. *Atlas da Violência de 2017*. Rio de Janeiro: IPEA/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf]. Acesso em: 14.06.2017.

ITURRALDE, Manuel. Democracies without citizenship: crime and punishment in Latin America. *New Criminal Law Review*: an International and Interdisciplinary Journal, v. 13, n. 2, p. 309-332, spring 2010.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua Nova*, São Paulo, n. 68, p. 205-242, 2006.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo bianco e l'uomo di colore*: lettura su l'origine e la varietà delle razze umane. 2. ed. con aggiunta di 7 appendici e con incisioni. Torino: Fratelli Bocca, 1892. [recurso eletrônico, 2004].

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. [recurso digital].

MASCARO, Alyson. *O Estado e a forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013. [recurso digital].

MATTHEWS, Roger. *Doing time*: an introduction to the sociology of imprisonment. 2.ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009.

MELOSSI, Dario. Ideologia e diritto penale: garantismo giuridico e criminologia critica come nuove ideologie della subalternità? *Dei Delitti e Delle Pene*: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, n. 1, p. 15-34, mar. 1991.

MELOSSI, Dario. Il radicamento – embeddedness – culturale del controllo sociale: o della impossibilità della traduzione: riflessioni a partire dalla comparazione delle culture italiana e nordamericana in tema di controllo sociale, con alcune conseguenze per una C.D. criminologia critica. *Dei Delitti e Delle Pene*: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, n. 3, p. 81-105, 1998.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf].

MISSE, Michel. *Crime e pobreza*: novos enfoques, velhos problemas. Trabalho apresentado no seminário Brasil em Perspectiva: *os 90 anos*, promovido pelo Laboratório de Pesquisa Social do Departamento de Ciências Sociais do IFCS-UFRJ, em 26.08.1993. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9270-9269-1-PB.pdf].

MÜLLER, Markus. The rise of the penal state in Latin America. *Contemporary Justice Review*: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice, v. 15, n. 1, p. 57-76, 2012.

NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 7-30.

OLIVEIRA, Reinaldo José de. Interfaces entre as desigualdades urbanas e as desigualdades raciais no Brasil: observações sobre o Rio de Janeiro e São Paulo. In: OLIVEIRA, Reinaldo José de. *A cidade e o negro no Brasil*: cidadania e território. São Paulo: Alameda, 2013. p. 43-94.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Working Group of Experts on People of African Descent on its fourteenth session*: Addendum: mission to Brazil. Set. 2014. Disponível em: [www.refworld.org/docid/543794674.html].

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil. Jan. 2016a. Disponível em: [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/014/13/PDF/G1601413.pdf?OpenElement].

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Special Rapporteur on minority issues on her mission to Brazil*. Fev. 2016b. Disponível em: [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/021/35/PDF/G1602135.pdf?OpenElement].

PACHUKANIS, Evgeni. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PAVARINI, Massimo. *Castigar el enemigo*: criminalidad, exclusión e inseguridad. Quito: FLACSO, 2009.

PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário: séculos XVI-XIX. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PLATT, Tony. Street crime: a view from the left. *Crime and Social Justice*, n. 9, p. 216-230, spring-summer 1978.

PRADO JR., Caio. *Evolução política do Brasil*: colônia e império. São Paulo: Brasiliense, 1999.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: a formação e o sentido do Brasil. 3. ed. São Paulo: Global, 2015.

RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011. [recurso digital].

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

SABORIO, Sebastian. La territorializzazione dell'esclusione sociale e della violenza a Rio de Janeiro. *Sicurezza e Scienze Sociali*, n. 1, p. 180-189, 2016a.

SABORIO, Sebastian. La nuova fase della guerra alle droghe a Rio de Janeiro: polizia e soggezione criminale nelle favelas pacificate. *Studi sulla Questione Criminale*, n. 2, p. 93-114, 2016b.

SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Franz. *Os condenados da Terra*. Trad. José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. p. 1-21.

SELLIN, Thorsten. Race prejudice in the administration of justice. *American Journal of Sociology*, v. 41, n. 2, p. 212-217, Sep. 1935.

TONRY, Michael. Racial politics, racial disparities and the war on crime. *Crime & Delinquency*, v. 40, n. 4, p. 475-494, Oct. 1994.

VALOIS, Luis Carlos. *O direito penal de guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

WACQUANT, Loïc. La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metropoli brasiliana. *Studi sulla Questione Criminale*, n. 3, p. 7-30, 2006.

WACQUANT, Loïc. *Iperincarcerazione*: neoliberismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti. Verona: Ombre Corte, 2013.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2016*: homicídios por armas de fogo no Brasil. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf].

ZACCONI, Orlando. *Indignos de vida*: a desconstrução do poder punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. (Teoria geral do direito penal, v. 1).

ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, p. 31-49, 2007.

ŽIŽEK, Slavoj. Against human rights. *New Left Review*, n. 34, p. 115-131, Jul.-Aug. 2005.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais, de Roberto Bergalli – *RBCCrim* 3/31-38 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/943-952 (DTR\1993\288);
- Criminalização de uma cor: sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro, de Sara Luz – *RBCCrim* 128/233-270 (DTR\2017\210);
- Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil, de Katie Argüello e Mariel Muraro – *RBCCrim* 113/317-356 (DTR\2015\3615); e
- Seletividade racial no sistema penal brasileiro: apontamentos para a reconstrução da memória racial nacional a partir das teses de Walter Benjamin, de Antonio Leal de Oliveira e Raoni Vieira Gomes – *RBCCrim* 135/73-96 (DTR\2017\5639).

Criminalizar, abolir ou legalizar? Explorando as possibilidades de enquadramento jurídico da prostituição no Brasil

Criminalize, abolish or legalize? Exploring the prostitution legal systems in Brazil

Victor Sugamosto Romfeld

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC (2014-2015). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (2009-2013). Assessor no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
victorromfeld@gmail.com

Recebido em: 27.02.2017
Aprovado em: 26.04.2017
Última versão do autor: 28.04.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: A prostituição é um objeto de estudo pouco explorado nas ciências criminais. Apesar disso, o movimento organizado de profissionais do sexo tem demandas jurídicas, especialmente em relação aos direitos trabalhistas. Sendo assim, este artigo analisará, em um primeiro momento, o modelo eleito pelo Código Penal para enquadrar a prostituição, chamado de "sistema abolicionista", incluindo rupturas e permanências desde a sua criação, em 1940. Na sequência, serão examinados, sob um viés crítico, recentes projetos de lei acerca da temática, sendo que um deles tem como escopo criminalizar o cliente, enquanto os demais almejam legalizar a prostituição. O objetivo, ao final, consiste em apontar qual a melhor estratégia jurídica a ser adotada quanto à prostituição, sempre levando em consideração a perspectiva daquelas e daqueles que exercem o trabalho sexual.

Palavras-chave: Prostituição – Legalização – Controle social – Feminismo – Criminologia crítica.

Abstract: Prostitution is a study subject which is not enough explored on criminal sciences. Despite this, the sexual workers movement has legal demands, specially related to labor rights. Thus, this article aims to analyze, on a first moment, the frame elected by the Criminal Code to deal with prostitution, which is called "abolicionist system", including changes and remainings since its creation in 1940. On the sequence, recent legal projects will be examined: one of them intends to criminalize the prostitute's clients, while the others seek legalizing sexual work. The objective, in the end, is to point the best legal strategy for this specific group, always considering the perspective of those who are sexual workers.

Keywords: Prostitution – Legalization – Social control – Feminism – Critic criminology.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminalizar, abolir ou legalizar? Explorando as possibilidades de enquadramento jurídico da prostituição no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 138. ano 25. p. 305-340. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017.

Sumário: 1. Introdução. 2. Código Penal de 1940: rupturas e permanências. 3. Criminalizar o cliente: o Projeto de Lei (PL) 377/2011. 3.1. Teor do projeto e justificativa. 3.2. Trâmites legais. 3.3. Críticas. 4. Legalização: proteger a prostituição ou as prostitutas?. 4.1. Projeto de Lei 98/2003. 4.1.1. Teor do projeto e justificativa. 4.1.2. Trâmites legais. 4.1.3. Críticas. 4.2. Projeto de Lei 4.244/2004. 4.2.1. Teor e justificativa. 4.2.2. Trâmites legais. 4.2.3. Críticas. 4.3. Projeto de Lei 4.211/2012. 4.3.1. Teor do projeto e justificativa. 4.3.2. Trâmites legais. 4.3.3. Críticas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A prostituição é uma temática bastante paradoxal no Brasil. Por um lado, pouco se fala a respeito: as prostitutas existem, estão nas ruas, nos centros das cidades, nas casas de massagem, frequentando cursos universitários e os mais diversos ambientes. No entanto, a profissão não é reconhecida como se fosse uma opção digna de subsistência,[1] fazendo com que as trabalhadoras sexuais tenham seus direitos sistematicamente negados. Além disso, não se trata de um tema amplamente debatido, considerado um tabu pela sociedade brasileira como um todo. Quando existe alguma abertura para tanto, as possibilidades de avanço são barradas por discursos machistas, moralistas e religiosos, os quais procuram "salvar" essas mulheres da prostituição, ou estigmatizá-las ainda mais, com apelos repressivos e punitivistas.

Por outro lado, fala-se muito sobre a prostituição: no cotidiano brasileiro, o pior de todos os xingamentos, seja para homens, seja para mulheres, consiste em dizer que a pessoa atacada é filho (ou filha) de uma prostituta. Isso é sintomático não apenas de uma ideologia hetero-patriarcal, mas também de uma cultura de ódio em relação às prostitutas.[2] Outro aspecto que persiste – apesar

1. Não por acaso, o senso comum machista sempre afirmou que as prostitutas são as mulheres da "vida fácil", como destaca a criminóloga Roberta Pedrinha: "Embora 'mal necessário' à preservação do lar burguês, a prostituição era também vista como um desestímulo ao trabalho e um incentivo ao desregramento. A prostituta tinha uma vida 'fácil', repleta de devassidão, com excesso de atividade sexual, de condutas volúveis, de prazeres mundanos, que corroboravam para estimular o vício, a moleza, o ócio, a promiscuidade e a marginalidade" (PEDRINHA, Roberta Duboc. *Sexualidade, controle social e práticas punitivas*: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 177).
2. A prostituta ativista Monique Prada, em seus textos, usa o termo "putafobia" para designar esse comportamento (PRADA, Monique. Putafobia: segurança diz que matava mulheres porque tinha ódio de prostitutas. Disponível em: [http://mundoinvisivel.org/putafobia-seguranca-diz-que-matava-mulheres-porque-tinha-odio-de-prostitutas/]. Acesso em: 22.01.2017).

do aparente silêncio sobre a questão – é o constante e corriqueiro julgamento das mulheres a partir de suas sexualidades: na perspectiva heterossexual, se uma mulher tiver relações sexuais com vários homens, usar roupas curtas ou justas será, imediatamente, rotulada como uma prostituta. Aquelas que não se encaixam nos padrões ditados pelo machismo (recato, submissão, delicadeza, entre outras características supostamente "femininas") são postas no mesmo grupo desviante (das "putas"), a partir de uma "lógica da honestidade"[3] que divide as próprias mulheres.

Os exemplos até então citados indicam que as profissionais do sexo são vistas como ocupantes de um *status* social inferior, inclusive pelo Direito. Por isso, o objeto de estudo do presente artigo está voltado à análise das opções de enquadramento jurídico da prostituição no Brasil contemporâneo, as quais podem ser divididas em três setores: i) propostas abolicionistas; ii) propostas de criminalização; e iii) propostas de legalização.[4]

Inicialmente, será abordado o sistema que o Código Penal de 1940 adotou para lidar com a prostituição (modelo abolicionista), considerando suas rupturas (leis posteriores que modificaram os "crimes contra os costumes") e suas permanências (apesar das reformas legislativas, há um *déficit* quanto aos direitos reivindicados pelas profissionais do sexo).

Na sequência, o segundo grupo diz respeito às propostas de criminalização da prostituição, tendo como principal exemplo o Projeto de Lei 377/2011, que pretende criminalizar o cliente, isto é, o consumidor dos serviços sexuais. Nesse ponto específico, necessário avaliar se tal medida cumprirá suas finalidades, ou se contribuirá para reforçar a marginalização das prostitutas.

---

3. Essa expressão é utilizada pela criminóloga feminista Vera Andrade, designando uma das lógicas que orientam o funcionamento do sistema penal (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012. p. 147-148).

4. As propostas abolicionistas pretendem extinguir a prostituição por meio da criminalização de todas as condutas que estão no seu entorno, exceto o ato de se prostituir, que não é considerado um delito (tal modelo é adotado no Código Penal brasileiro). As propostas de criminalização consideram ilícitas todas as atividades que dizem respeito à prostituição, inclusive quanto à prestação de serviços sexuais propriamente dita, atingindo diretamente prostitutas e prostitutos. Por fim, as propostas de legalização têm como objetivo regulamentar a prostituição, a qual passa a ser encarada pelo Direito como um trabalho lícito (ROMFELD, Victor Sugamosto. Os discursos criminológicos e sexistas nos sistemas de enquadramento jurídico da prostituição feminina. *Revista Jurídica Themis*, n. 24, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS), 2012/2013. p. 232-235).

Por fim, serão examinadas as recentes propostas de legalização, concentradas em, basicamente, três Projetos de Lei (98/2003, 4.244/2004 e 4.211/2012), apresentados na Câmara dos Deputados com o intuito de garantir direitos (sobretudo trabalhistas), demanda que vem sendo posta pelos movimentos de prostitutas. Nesse cenário, deve-se indagar até que ponto as propostas elencadas tutelam efetivamente os direitos das prostitutas, ou se, ao revés, mais favorecem os "empresários do sexo".

Importante salientar que as reflexões serão pautadas por um feminismo interseccional, preocupado com as seguintes variáveis: classe, gênero, raça, orientação sexual, todas elas relacionadas a estruturas de subordinação.[5] Entende-se, ademais, que a prostituição é uma questão atinente aos Direitos Humanos, compreendida na esfera das vulnerabilidades sociais, sendo imprescindível que as vivências e os "lugares de fala" das prostitutas sejam respeitados, acima de quaisquer moralismos e preconceitos que impeçam a concretização de direitos.

2. CÓDIGO PENAL DE 1940: RUPTURAS E PERMANÊNCIAS

Apesar das inúmeras reformas que o sucederam, o Código Penal (CP) brasileiro foi promulgado pelo Decreto-lei 2.848, em dezembro de 1940, durante o regime ditatorial de Getúlio Vargas.[6] O objetivo, neste tópico, não consiste em examiná-lo na sua integralidade, mas somente em relação aos crimes que dizem respeito à prostituição.

Desde o seu surgimento até meados de 2009, esses delitos estavam localizados no Título VI do CP, considerados enquanto crimes contra os "costumes", terminologia nebulosa que não encontra maiores explicações na redação originária do referido Decreto-lei. Mesmo a Exposição de Motivos da Parte Especial do CP é inconclusiva (item n. 69), estabelecendo que os crimes contra os costumes podem ser também denominados "crimes sexuais", ou seja, aqueles reconhecidos pelo código anterior (1890) sob a extensa rubrica: "Dos crimes

5. SILVA, Rodrigo da. *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*: as conquistas do feminismo negro e o direito da antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 119.

6. Segundo o estudo histórico feito por José Henrique Pierangeli, o projeto foi elaborado pelo professor paulista Alcântara Machado, tendo sido submetido à revisão por uma comissão por diversos juristas (entre eles, Nélson Hungria), sob a presidência do Ministro da Justiça Francisco Campos (PIERANGELI. José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 77-81).

contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor".[7]

Uma parcela da doutrina penalista da década de 1940 – em especial, um dos revisores do código, Nélson Hungria – defendia a existência de crimes contra os costumes a partir de uma adesão do direito penal à "ética sexual", criminalizando fatos que afetassem a disciplina e a conveniência sociais.[8] Nesse contexto, os costumes representariam os hábitos da vida sexual aceitos socialmente, resguardando um "mínimo ético" ditado pela experiência social em relação aos fatos sexuais.[9]

A princípio, nem a Exposição de Motivos do CP nem a doutrina parecem ser capazes de delimitar o bem jurídico em destaque: afinal, o que seriam os tais costumes? Uma breve análise dos crimes previstos no referido código, quando foi promulgado (1940), aponta alguns caminhos para responder à indagação.

O primeiro crime que inaugura o Título VI é o de estupro (art. 213), que, em sua redação originária, apresentava a seguinte definição legal: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão de três a oito anos". É evidente, portanto, que da maneira como esse delito foi pensado, somente podia ser praticado por homens ("sujeito ativo") contra mulheres ("sujeito passivo"), quando há conjunção carnal (penetração do pênis na vagina). Isso significa que o sexo oral e o sexo anal não estariam enquadrados nesse tipo penal, considerados atos libidinosos diversos da conjunção carnal, no crime de atentado violento ao "pudor" (art. 214, revogado posteriormente em 2009).

Logo na sequência (art. 215), a posse sexual era o delito no qual um homem, mediante fraude, praticava conjunção carnal com "mulher honesta", termo que se repetia nos crimes de atentado ao pudor mediante fraude (art. 216) e rapto

7. Disponível em: [www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP]. Acesso em: 06.02.2017.

8. "O direito penal presta sua adesão à ética sexual, mas tão somente para, dentre os fatos reprovados por esta, incriminar aquêles que por sua maior gravidade, afetam a disciplina, utilidade e conveniência sociais" (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. VIII. p. 80).

9. Novamente, nas palavras do próprio Hungria: "O vocábulo 'costumes' é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em tôrno dos fatos sexuais" (HUNGRIA, Nélson. Obra citada. p. 95-96).

(art. 219).[10] A criminologia feminista de Vera Andrade denuncia que o sistema penal, por meio dos tipos penais mencionados, exercia (e ainda exerce, por outros meios) o controle sobre a sexualidade feminina, a partir do critério "honestidade": as mulheres que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado não são consideradas vítimas pelo sistema penal.[11]

À primeira vista, os costumes se apresentam como um bem jurídico indeterminado, mas os crimes correspondentes indicam justamente o contrário. Fica nítido que o objetivo desse setor do CP era defender os costumes de uma sociedade machista, na qual somente a sexualidade das mulheres "honestas" merecia proteção, ou seja, aquelas que se encontravam casadas ou, se solteiras, preferencialmente virgens.[12] Sendo assim, a expressão costumes estava não apenas vinculada a um modelo hegemônico que delineava a sexualidade brasileira da época,[13] mas também deixava clara a opção política do legislador, ao valorizar a família e as relações sexuais legítimas para o Estado, criminalizando as sexualidades que não se encaixassem nos padrões morais positivados.[14]

Após mais de 60 anos de vigência desse setor específico da Parte Especial do CP, a Lei 11.106/2005 trouxe mudanças significativas nos crimes contra os costumes, revogando os delitos de rapto (arts. 219 a 222) e de sedução (art. 217).

---

10. Os crimes são mencionados na perspectiva da redação originária do legislador de 1940. Muitos deles sofreram mudanças, ou foram revogados nas reformas de 2005 e 2009, as quais serão comentadas na sequência.
11. "O diferencial é que há outra lógica específica acionada para a criminalização das condutas sexuais – que denomino *'lógica da honestidade'* –, que pode ser vista como uma sublógica da seletividade na medida em que se estabelece uma grande linha divisória entre mulheres consideradas *honestas* (do ponto de vista da moral sexual dominante) e vítimas, pelo sistema, e mulheres *desonestas* (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona por que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à figura feminina" (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 147 (grifo nosso)).
12. Não por acaso, o crime de sedução (art. 217), revogado apenas em 2005, previa como sujeito passivo a mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos. Conforme os apontamentos feitos pela criminóloga Luana Gusso: "A virgindade de mulheres (entre 14 e 18 anos) é reiterada como um bem, no qual 'costumes' sociais devem continuar investindo evitando o perigo da 'sexualidade' feminina para a ordem de poder patriarcal e machista, entendida como a 'proprietária' do corpo imaculado da mulher" (GUSSO, Luana de Carvalho Silva. *Carne e culpa*: notas sobre a gestão penal do sexo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 78).
13. GUSSO, Luana de Carvalho Silva. Op. cit., p. 72.
14. GUSSO, Luana de Carvalho Silva. Op. cit., p. 71.

Consequentemente, foi extinta a incômoda terminologia da "mulher honesta". Além disso, o Capítulo V do Título VI do CP teve sua redação alterada, passando a vigorar com a seguinte forma: "Do lenocínio e do tráfico de pessoas". Como bem observado por Bittencourt, houve considerável ampliação de sua abrangência,[15] visto que a redação anterior previa somente o tráfico de mulheres, mais um resquício machista do CP.

Na sequência, mudanças ainda mais substanciais foram trazidas pela Lei 12.015/2009, responsável por uma transição entre paradigmas quanto ao bem jurídico tutelado no Título VI do CP: não mais os "crimes contra os costumes", mas aqueles cometidos contra a "dignidade sexual".

O penalista Paulo Cesar Busato descreve o processo de criação dessa lei, que merece o devido destaque:

> O ponto de partida da alteração legislativa foi uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito iniciada através do Requerimento 02/2003, encarregada de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, bem como os casos de pedofilia.
>
> Essa comissão encerrou seus trabalhos no mês de agosto do ano de 2004, produzindo relatos aterradores a respeito da situação de exploração sexual de crianças no Brasil.
>
> Daí se originou o Projeto de Lei nº 253/2004, o qual, depois de tramitar pelas casas legislativas correspondentes, converteu-se na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.
>
> Esta trouxe várias alterações ao Código Penal, a começar pelo próprio direcionamento da pretensão legislativa.
>
> O eixo *deixava de ser os costumes, enquanto modo de se comportar sexualmente*, coisa que já não interessava para a sociedade atual*, e passou a ser a dignidade sexual, esta sim, uma forma de expressão da dignidade da pessoa humana, que é elemento fundamental da estrutura jurídica dos nossos tempos*.
>
> Na verdade, a lei veio para reformar um Título do Código Penal que já há muito tempo necessitava de reforma (grifo nosso).[16]

As principais modificações da lei em comento foram as seguintes: i) conferir nova redação ao tipo penal do estupro (art. 213), entendido não apenas como a

15. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

16. BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*: parte especial 1. São Paulo: Atlas, 2014. p. 786.

prática de conjunção carnal, mas também englobando os atos libidinosos, prevendo, ainda, a possibilidade de que o sujeito ativo do crime seja uma mulher; ii) incluir, no Capítulo V do Título VI, "outras formas de exploração sexual", para além da prostituição; e iii) readequar as penas do crime de rufianismo (art. 230), bem como a redação dos tipos penais casa de prostituição (art. 229) e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228).

Desde a década de 1940, o Código Penal adotou – no tocante aos crimes envolvendo a prostituição – o sistema abolicionista,[17] no qual as condutas que estão no seu entorno (rufianismo e manutenção de casa de prostituição, por exemplo) são criminalizadas, exceto a prestação de serviços sexuais propriamente dita.

Antes da reforma de 2009, esses delitos eram considerados "crimes contra os costumes", uma vez que a moral sexual dominante (patriarcal e heteronormativa) repudiava – em seu discurso – o *fomento* da prostituição. Depois da reforma mencionada, passaram a ser chamados "crimes contra a dignidade sexual": as pessoas que exercem trabalho sexual estariam submetidas às casas de prostituição e aos rufiões e, por isso, seriam vítimas da exploração econômica, o que atingiria a dignidade sexual dos indivíduos que se dedicam a esse ofício.

Apesar da evidente mudança quanto aos bens jurídicos tutelados, sempre se buscou a extinção da prostituição por meio do sistema abolicionista. Para que o Direito Penal cumprisse essa meta, a profissão de trabalhador sexual não foi diretamente criminalizada, mas somente as condutas que orbitam a prestação de serviços sexuais.

Não obstante o caráter aparentemente benéfico para prostitutas e prostitutos, o sistema abolicionista mantém esse grupo de trabalhadores em um *status* juridicamente nebuloso. Isso porque não há relação de emprego, reconhecida pelo direito brasileiro, entre o dono da casa de prostituição e aqueles que se prostituem, visto que os empresários do sexo mantêm estabelecimento em que ocorre exploração sexual, tirando proveito da prostituição alheia com a participação direta nos seus lucros. Incidem, a um só tempo, nas condutas tipificadas nos arts. 229 e 230 do CP.

No entanto, a mera existência desses crimes não significa que as casas de prostituição deixam de existir, ou que os seus donos se sentem intimidados

17. Existem basicamente três sistemas de enquadramento jurídico da prostituição: abolicionista, proibicionista e regulador, cada um deles permeado por correntes do pensamento criminológico. Nesse sentido: ROMFELD, Victor Sugamosto. *Uma análise criminológica dos sistemas jurídicos de enquadramento da prostituição feminina*. Monografia de Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2013. p. 34-54.

pela ameaça da pena prevista para os referidos crimes.[18] Pelo contrário: os locais continuam funcionando,[19] sob o disfarce de *night clubs*, casas de *shows*, massagens, entre outros, não raro contando com a conivência da instituição policial. Nesse sentido, a pesquisa empírica conduzida por Guilherme Nucci indica que 34% dos delegados de polícia entrevistados não atenderam a nenhuma ocorrência envolvendo a prostituição.[20]

Esse dado é bastante sintomático dos efeitos negativos e perversos que o sistema abolicionista acarretou para a rotina de trabalho das (e dos) profissionais do sexo, fomentando uma espiral ascendente de corrupção, abrindo margem para que a polícia exija dos "cafetões" e "cafetinas" (ou até dos clientes) o pagamento de propinas, garantido que seus negócios continuem funcionando dentro de uma suposta "normalidade".[21]

---

18. Assim, mostra-se totalmente falha a função da pena de "prevenção geral negativa", ou seja, de dissuadir os indivíduos a praticarem crimes pela ameaça da pena privativa de liberdade. Segundo a criminóloga Maria Lúcia Karam: "A história demonstra que a função de prevenção geral negativa nunca funcionou: a ameaça, mediante normas penais, não evita a prática de delitos ou a formação de conflitos; ao contrário, eles se multiplicaram e se sofisticaram. O efeito dissuasório não se comprovou, estando, ao contrário, demonstrado que a aparição do delito não está relacionada com o número de pessoas punidas, ou com a intensidade das penas impostas" (KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penais e fantasias*. Niterói: Luam, 1991. p. 175).
19. A constatação é feita por alguns setores da criminologia crítica: "Sobre o tema é fácil visualizar em nossos grandes centros 'outdoors' fazendo publicidade de casas de 'prazer', de 'massagem', de 'tolerância', em que a medicação da lascívia é vendida ou a que a exploração da prostituição seja velada. *Mesmo com o endurecimento da lei penal, as 'casas de prazer'* não parecem ter diminuído ou que seus donos tenham sido punidos. Apesar da lei se expandir para abarcar condutas de risco, *a exploração da prostituição em nosso país ainda permanece um negócio lucrativo e vantajoso, em que o Brasil figura como uma importante rota de turismo sexual*" (GUSSO, Luana de Carvalho Silva. Op. cit., p. 154-155 (grifo nosso)).
20. "Demonstra-se apenas o óbvio, bastando checar a estatística de qualquer tribunal do país em relação ao número de lenocínios (arts. 227 a 230 do CP) e tráficos de pessoas (arts. 231 e 231-A do CP) existentes em tramitação, para se constatar a *desnutrição* dos referidos tipos penais incriminadores. Há proxenetas, rufiões e casas de prostituição em plena atividade? [...] Certamente que sim, porém, *a maioria passa despercebida do Estado ou, no mínimo, seus órgãos repressores são ineficientes para descobri-los*. A terceira hipótese, muito provável, é a adequação social, vale dizer, a sociedade assimila, com naturalidade, ou indiferença, os locais de prostituição e os seus agenciadores" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas*: aspectos constitucionais e penais. São Paulo: RT, 2014. p. 255 (grifo nosso)).
21. A prostituta ativista Gabriela Leite destaca justamente esse aspecto: "As cafetinas tinham como rotina fazer o famigerado 'PP', pagamento à polícia. Mas às vezes a Rota,

Desse modo, é possível afirmar que o sistema adotado pelo CP fracassou durante décadas,[22] tanto no combate ao favorecimento da prostituição como no recente intuito (a partir de 2009) de "proteger" a dignidade sexual daqueles que se dedicam ao meretrício. Na prática, os efeitos da legislação mostram-se contrários aos desejados:[23] se aqueles que cercam as prostitutas são considerados criminosos, esse estigma, de alguma forma, é transferido para as pessoas que exercem o trabalho sexual.[24]

Conclui-se, portanto, pela necessidade de revogação dos tipos penais relativos à prostituição (arts. 227 a 230 do CP), abandonando-se o sistema abolicionista, buscando outras formas de enquadramento jurídico que não reforcem a discriminação contra aquelas e aqueles que têm a prostituição como fonte de renda.[25]

---

uma polícia especial de São Paulo, entrava no prédio com a prerrogativa de 'caçar' bandidos. Parava aqueles operários que só tinham ido ao prédio para ter uma satisfação sexual e tirava todo o dinheiro deles, chamando-os de otário para baixo" (LEITE, Gabriela. *Filha,* mãe*, avó e puta*: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 56).

22. A constatação é feita por prostitutas ativistas, como Monique Prada, conhecedoras da complexa realidade da prostituição: "(...) é importante perceber que *a falência do modelo sueco já está mais do que clara e a descriminalização é um mecanismo que empodera as trabalhadoras, trazendo mais controle sobre as relações de trabalho e criando mecanismos legais para que cobrem seus direitos, assim como facilitando a fiscalização e denúncia de irregularidades tais como exploração sexual de menores e outros abusos*. Tudo isso que temos dito há tanto tempo é contestado por mulheres que jamais exerceram o nosso trabalho, mas aparentemente sabem mais do que nós a respeito dele" (PRADA, Monique. De estrelas e putas vidas. Disponível em: [http://lugardemulher.com.br/de-estrelas-e-putas-vidas/]. Acesso em: 12.02.2017 (grifo nosso)).

23. LEITE, Gabriela. *Filha,* mãe*, avó e puta*: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 61.

24. Novamente, imprescindíveis as críticas de Gabriela Leite: "É uma hipocrisia da legislação e da sociedade considerarem crime a cafetinagem. *Ao invés de proteger a prostituta, essa lei na realidade nos desprotege.* Na clandestinidade se pode tudo, mas havendo algumas normas para assegurar direitos, o patrão e o empregado têm que se entender. *Essa lei hipócrita só serve mesmo para impedir esses direitos.* O Código Penal em vigor ainda considera contravenção a cafetinagem, assim como o jogo do bicho ou qualquer outro jogo de azar. *Mas nenhum banqueiro de bicho é preso, nem mesmo qualquer cafetina, salvo por motivos econômicos escusos*" (LEITE, Gabriela. *Eu, mulher da vida*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992. p. 75 (grifo nosso)).

25. O projeto conhecido como a "reforma do Código Penal" (PL 236/2012) propõe a extinção dos tipos penais mencionados, o que nos parece bastante positivo diante da falência do sistema abolicionista: "Discordamos quanto à manutenção desse modelo em nosso país, uma vez que durante anos de vigência, pouco ou nada fez quanto à proteção da dignidade sexual e integridade física das prostitutas, muito menos em

3. Criminalizar o cliente: o Projeto de Lei (PL) 377/2011

3.1. Teor do projeto e justificativa

O PL 377/2011, de autoria do Deputado Federal João Campos[26] (PSDB/GO),[27] tem como objetivo inserir no CP o crime referente à contratação de serviço sexual.[28] Na justificativa do projeto, afirma-se que a venda do corpo não é um comportamento tolerado pela sociedade, sendo a integridade sexual um bem indisponível da pessoa humana. Por isso, seria impossível considerá-lo como objeto contratual visando à remuneração. O congressista menciona, ademais, que a atividade é tradicionalmente acompanhada de outras práticas prejudiciais à sociedade, como o crime organizado, lesões corporais, a exploração sexual de crianças e adolescentes e o tráfico de drogas. A finalidade do projeto consistiria em proteger as pessoas e combater a opressão sexual.

O PL é inspirado na iniciativa da Suécia, país que aprovou lei semelhante, com amplo apoio de parlamentares e grupos feministas, partindo do pressuposto de que a necessidade de exercer a prostituição como forma de subsistência é um encargo gerado pelas circunstâncias sociais.

3.2. Trâmites legais

O projeto foi apresentado na Câmara dos Deputados em 10 de fevereiro de 2011.[29] Dois anos depois (11.06.2013), houve parecer favorável pela Comis-

---

relação ao combate daquilo que considera crime. Não podemos perder de vista que no sistema já mencionado o comportamento da prostituta continua sendo encarado como desviante em relação àquilo que se considera 'normal'. Apesar da descriminalização do meretrício, o estigma permanece" (ROMFELD, Victor Sugamosto. A reforma do código penal e os crimes envolvendo a prostituição. *Revista Jurídica Themis*, n. 25, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2013/2014. p. 78 (grifo nosso)).

26. Antes de ingressar na carreira política, João Campos foi Delegado de Polícia em Goiânia. Atualmente, também é autor do PL que versa sobre a "cura gay".

27. Importante esclarecer que o pertencimento partidário dos políticos (deputados) citados neste artigo se refere à época em que os projetos foram propostos.

28. Art. 231-A. Pagar ou oferecer pagamento a alguém pela prestação de serviço de natureza sexual:

    Pena – Detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses.

    Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem aceita a oferta de prestação de serviço de natureza sexual, sabendo que o serviço está sujeito a remuneração.

29. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491833].

são de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), elaborado pelo relator Deputado Federal Marcos Rogério (PDT/RO). Nesse parecer, são repetidos os argumentos utilizados na justificativa do PL, destacando que, embora a prostituição seja uma prática milenar, deve ser combatida pelo Estado brasileiro a fim de que sejam minorados os prejuízos acarretados às pessoas e à sociedade.

Nesse lapso temporal, foi apensado ao PL 377/2011 o PL 7.001/2013, de autora de Acelino Popó (PRB/BA), o qual dispunha sobre a majoração das penas para o crime de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual. No fim da legislatura (2014), porém, o projeto foi arquivado, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).[30]

O autor do projeto em questão, por meio do Requerimento 48/2015, pleiteou o seu desarquivamento, com fundamento no mesmo dispositivo regimental. Remetido novamente à CCJC, a Deputada Federal Cristiane Brasil (PTB/RJ) proferiu voto em separado, no qual se posicionou pela *inconstitucionalidade* do projeto, e no mérito, pela sua rejeição, concluindo que não se deve cercear o direito das profissionais do sexo de utilizar o seu corpo para trabalhar.

Alegou, em linhas gerais que: i) decisões da Câmara podem acarretar prejuízos severos aos que tiram sustento do próprio corpo; ii) a ausência de opções de vida para aqueles que exercem esse ofício; iii) a existência de liberdade para que, em um Estado Democrático de Direito, as pessoas optem, se assim quiserem, pela prostituição, sendo invioláveis os direitos à intimidade e à vida privada; iv) o reforço da marginalidade da profissão, na hipótese da aprovação do PL, impedindo que profissionais do sexo trabalhem por livre escolha ao ofício; v) a ausência de ligação direta entre a prostituição e os crimes citados pelo autor do projeto (tráfico de drogas, exploração sexual de crianças e ado-

30. Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

I – com pareceres favoráveis de todas as Comissões;

II – já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;

III – que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;

IV – de iniciativa popular;

V – de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

lescentes, crime organizado); vi) a necessidade de formular políticas públicas para os trabalhadores sexuais, em detrimento da criminalização.[31]

Ao final de 2016, foi apresentado parecer pelo relator n. 3, Deputado Federal Marcos Rogério (DEM/GO), integrante da CCJC, opinando pela constitucionalidade do PL, e no mérito, pela sua aprovação. Curioso notar que esse parecer é praticamente o mesmo do que aquele oferecido na legislatura anterior (2014), com discretas alterações.

3.3. Críticas

O PL debatido nesse item do artigo deve ser severamente criticado. O primeiro fato que salta aos olhos é que uma temática complexa como a prostituição é tratada de maneira simplista, contando com justificativa de uma página e meia, sem quaisquer citações de pesquisadores da área, muito menos trazendo a perspectiva daqueles que serão mais atingidos pelo PL, ou seja, os trabalhadores sexuais. Um indicativo de que a atividade legislativa no Brasil, em sua maioria, carece de debates qualificados. A redação do projeto está repleta de lugares comuns, com afirmações genéricas e levianas que expressam, no máximo, as impressões pessoais e preconceituosas de seu autor.

Ao contrário do que apontou o Deputado Federal, um dos comportamentos mais tolerados pela sociedade brasileira do século XXI é a venda do corpo, considerando as indústrias da moda e da pornografia. Novamente, em oposição àquilo que defendeu o deputado, a integridade sexual é um bem *disponível*: depois da promulgação da Constituição Federal (CF/1988), sobram argumentos que respaldam esse entendimento, segundo o qual os indivíduos são livres para dispor de suas sexualidades como quiserem.[32] Nesse contexto, importante

31. Conforme as considerações da Deputada Federal em seu parecer: "E, por isso, seu combate se deve dar por meio de legislação específica acerca de sua matéria, de políticas públicas, *e não por meio da criminalização de cada vez mais condutas, levando cada vez mais cidadãos à cadeia, os privando de sua liberdade, e prejudicando, ainda, inúmeros profissionais com a perda de sua clientela*". Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1414748&filename=Tramitacao-PL+377/2011]. Acesso em: 12.02.2017. p. 5 (grifo nosso).

32. A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), a promoção do bem de todos como objetivo, da República, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, CF), a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*, CF), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CF), o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CF), o trabalho enquanto direito social (art. 6º, CF).

recordar que a prostituição é uma profissão absolutamente lícita, inclusive catalogada na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO).[33]

O terceiro argumento apresentado pelo membro da Câmara dos Deputados – de que a prostituição estaria vinculada a outros crimes – não pode ser aceito integral e acriticamente. De acordo com as investigações de Nucci, que teve a participação de autoridades policiais, 17% dos entrevistados responderam que já atenderam ocorrência abrangendo prostituição e qualquer forma de crime organizado, ao passo que 40% (um percentual mais expressivo) já registraram ocorrências envolvendo prostituição e tráfico de drogas.[34] É evidente que esses dados não representam a totalidade da prostituição brasileira, mas servem como elemento que desmitifica o senso comum a respeito da temática, relativizando achismos e inserindo o debate em um patamar de racionalidade, longe de preconceitos machistas e concepções religiosas fundamentalistas.

Prosseguindo nos demais fundamentos citados na justificativa, o PL vale-se de um argumento de autoridade: a sua inspiração no chamado "modelo sueco", que tem como diretriz a criminalização dos clientes. Surge um primeiro problema decorrente dessa lógica: a simples "importação" de uma lei estrangeira, pensada em um país europeu desenvolvido, diretamente para o Brasil, país colonizado, de proporções continentais, que ostenta uma história de séculos de opressão e exclusão. Ainda que seja considerado economicamente "emergente" nos últimos anos, pesquisas indicam que se trata de um dos países mais desiguais do mundo.[35]

O autor do projeto também mencionou o apoio de grupos feministas a tal iniciativa. Todavia, deixou de esclarecer que a prostituição é um dos temas mais polêmicos do feminismo, que enseja uma série de discordâncias, pondo em lados opostos feministas abolicionistas – que militam pelo fim da prostituição – e feministas que lutam pelo reconhecimento de direitos às (e aos) profissionais do sexo.

---

33. Profissional do sexo (5198-05). Descrição sumária: "Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão". Disponível em: [www.ocupacoes.com.br/cbo-mte/519805-profissional-do-sexo]. Acesso em: 12.02.2017.

34. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 248.

35. Disponível em: [http://oglobo.globo.com/economia/desigualdade-levaria-brasil-cair-20-posicoes-no-ranking-18287486]. Acesso em: 12.02.2017.

Nesse cenário conflituoso, prostitutas ativistas denunciam que as abolicionistas – as quais, no geral, nunca vivenciaram a profissão – assumem um ponto de vista arrogante, julgando-se mais conhecedoras dessa realidade do que as próprias trabalhadoras sexuais.[36]

A crítica, das prostitutas para as abolicionistas, é bem sintetizada por Amara Moira:

> Do ponto de vista do conservadorismo radical (movimento mais conhecido como *radcon*), é um absurdo alguém defender que mulheres possam vender prazer a um homem, negociar esse prazer, pôr a ele um preço. Dar lucro a um patrão ok, mas vender prazer e ainda ousar saciar desse prazer, ousar fazer disso o seu ganha-pão, isso nunca! E não importa os valores da negociação, cinquenta, cem ou quinhentos reais a hora, pois, para o *radcon*, a prostituta será sempre vítima, sempre "explorada" pelo homem perverso vulgo seu cliente. Para esse feminismo o sexo não poderá jamais ser considerado serviço, sexo jamais poderá merecer um valor, ainda que seja uma das experiências humanas mais essenciais, mais incontornáveis.[37]

Como se não bastassem todas as objeções postas em relação ao PL, pertinente retomar as contribuições da criminologia crítica (nacional e internacional), no sentido de desaconselhar a criminalização como estratégia para solucionar questões sociais. O sistema de justiça criminal é instituído com a função *declarada* de garantir uma ordem social justa, protegendo bens jurídicos para promover o bem comum, a partir das funções de prevenção e retribuição da pena.[38] No entanto, esse sistema é construído a partir de uma cultura burgue-

36. Mais uma vez, imprescindíveis as palavras de Monique Prada: "Há sempre por perto uma pessoa que já leu sobre prostitutas, e então as prostitutas sobre quem ela leu valem mais do que as prostitutas com quem convivi e a quem conheço tão bem. *Elas sabem mais de nós do que nós mesmas, ou pensam saber – e seguir deixando que mulheres corram risco por conta do estigma sobre suas profissões não lhes dói, o saber teórico delas parece ter mais valor do que nossas putas vidas. Elas, que nunca exerceram ou exercerão o trabalho sexual, questionam por que é que prostitutas organizadas podem falar pela maioria* – o que eu de fato não compreendo é de onde sai tanta empáfia. Se as trabalhadoras sexuais organizadas não podem falar pela 'maioria', *por que devemos admitir que alguém que odeia nosso trabalho sem nunca tê-lo exercido fale por nós?* De nenhum outro lugar tiraram essas ideias, se não da imensa arrogância que carregam consigo" Disponível em: [http://lugardemulher.com.br/de-estrelas-e-putas-vidas/]. Acesso em: 17.02.2017 (grifo nosso).

37. MOIRA, Amara. *E se eu fosse puta*. São Paulo: Hoo Editora, 2016. p. 141.

38. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal* – Parte geral. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 10-11.

sa-individualista, enfatizando a proteção à propriedade privada, fazendo com que sejam alvos mais vulneráveis os indivíduos oriundos das classes sociais inferiores.[39]

Diante do caráter seletivo e classista da justiça penal, a criminalização dos clientes da prostituição em nosso país certamente não seria capaz de prender os usuários da prostituição de luxo, mas possivelmente os clientes do baixo meretrício, que engrossariam a massa carcerária de uma maioria masculina, pobre e negra.

Para além das classes sociais atingidas por essa modalidade de criminalização, restariam prejudicados os trabalhadores do sexo, que dependem justamente de sua clientela para pagar pelos serviços sexuais prestados. Por essas razões, o PL 377/2011 está na contramão das reivindicações por direitos, acentuando a indesejada marginalidade que caracteriza a profissão.

4. Legalização: proteger a prostituição ou as prostitutas?

Uma vez examinados o sistema abolicionista adotado pelo CP e o PL que propõe a criminalização do cliente, passamos para um terceiro bloco de propostas legislativas, que têm como finalidade a legalização da prostituição.

4.1. Projeto de Lei 98/2003

4.1.1. Teor do projeto e justificativa

De autoria do Deputado Federal Fernando Gabeira (PT/RJ), o PL, apresentado no Plenário em fevereiro de 2003, contém basicamente três artigos, dispondo a respeito da exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual, revogando os arts. 228 (favorecimento à prostituição), 229 (casa de prostituição) e 231 (tráfico de mulheres) do CP.[40] Nos termos do projeto, o pagamento pelo referido serviço é devido pelo tempo em que a pessoa permanece disponível para realizá-los (art. 1º, § 1º).

39. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 176.

40. O art. 231 é citado no projeto como "tráfico de mulheres" porque, à época de propositura do PL (2003), o CP ainda previa essa redação para o tipo penal, modificada somente após o advento da Lei 11.106/2005, que substituiu o termo "mulheres" para "pessoas". Note-se, ainda, que o PL absteve-se de descriminalizar a conduta do rufião, atualmente prevista no art. 230 do CP.

Na justificativa do PL, o deputado relata que houve reiteradas tentativas de regulamentar a prostituição, todas elas frustradas pela inaceitável hipocrisia que costuma pairar sobre esse tema, visto que a sociedade, paradoxalmente, condena e contribui para sua manutenção. O parlamentar frisa a necessidade de amenizar os malefícios decorrentes da marginalização aos quais prostitutas e prostitutos estão submetidos.

Gabeira sustenta que o primeiro passo para fugir de falsos moralismos e superar o estado de marginalidade é reconhecer que as pessoas prestadoras de serviços sexuais têm direito ao pagamento por tais serviços, abordagem inspirada na lei alemã que entrou em vigor no ano de 2002.

4.1.2. Trâmites legais

Pelo menos três pareceres foram elaborados pela Comissão de Constituição e Justiça entre os anos 2003 e 2005.

O primeiro deles, do Deputado Federal Chico Alencar (PT/RJ),[41] ressaltou que, embora a prostituição seja "a mais antiga das profissões", a sociedade se contradiz ao condená-la por questões morais, mas, ao mesmo tempo, mantendo esses serviços sempre à disposição quando conveniente. Segundo o seu entendimento, esse antagonismo é revelador da hipocrisia, do egoísmo e da falta de solidariedade que impedem que essa atividade seja tirada do submundo e, assim, trazida para o campo da licitude, no qual seriam garantidos direitos de qualquer trabalhador, como carteira de trabalho assinada, filiação à previdência social, assistência médica, entre outros. Além disso, cita como consequência benéfica do projeto a dissolução de toda a criminalidade que envolve a prostituição.

No segundo, formulado pelo Deputado Federal Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP),[42] o congressista afirma que o projeto tem duas facetas: uma delas voltada ao Direito Civil (ao estabelecer uma modalidade contratual de prestação de serviços de natureza sexual) e outra ao Direito Penal (com a supressão dos tipos penais supracitados). Entretanto, menciona que a tipificação de contrato relativo à prostituição não seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a cláusula geral da função social do contrato (art. 421

41. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=167741&filename=Tramitacao-PL+98/2003]. Acesso em: 12.02.2017.

42. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=253652&filename=Tramitacao-PL+98/2003]. Acesso em: 12.02.2017.

do Código Civil), que limitaria a autonomia privada ao interesse social e ao respeito à ordem pública. Desse modo, opina pela supressão do art. 1º do PL, por entender que a prostituição não deve merecer tratamento legal do ponto de vista do Direito Civil. Sob o viés do Direito Penal, concorda com a revogação do art. 229 do CP, perante a tolerância da sociedade no tocante às casas de prostituição, mas discorda da supressão dos outros tipos penais (arts. 228 e 231).[43]

O terceiro parecer, do Deputado Federal Antônio Carlos Magalhães Neto (DEM/BA),[44] tem trechos integralmente copiados do voto anterior, contando com alguns acréscimos subsequentes. O deputado esclarece que seria ilusão imaginar a extinção do meretrício apenas por meio da repressão policial, pois se trata de uma prática que "se perde nos milênios da história". Ainda, destaca a importância de políticas públicas voltadas à geração de emprego, para que os jovens brasileiros desempenhem atividades "produtivas" e "socialmente justas, livrando-se da praga da prostituição". Outra preocupação do parlamentar, que consta em seu voto, é que crianças sejam obrigadas a se prostituir, sendo imprescindíveis ações sociais por parte dos entes da federação – combate que transcenderia a esfera penal – garantindo ampla assistência às crianças para que elas não encontrem nas ruas o "fácil caminho da prostituição". Ao final, manifesta-se pela rejeição do PL.

Em 31 de janeiro de 2007, o projeto debatido foi arquivado, nos termos do art. 105 do RICD. Com o Requerimento 271/2007, o Deputado Federal Fernando Gabeira requereu o seu desarquivamento.

Novamente encaminhado à CCJC, o Deputado Federal Régis de Oliveira (PSC/SP) apresentou voto em separado,[45] ocasião na qual analisou o PL sob as vertentes constitucional, contratual e sociológica, opinando pela sua rejeição, diante de flagrante inconstitucionalidade e má técnica legislativa.

Contratualmente, conclui que o objeto seria lícito, inexistindo óbices diante da liberdade de contratar (art. 421 do Código Civil) e da prostituição enquanto um comportamento aceito socialmente.

Penalmente, sustenta que a proposta de revogar os crimes dos arts. 228, 229 e 230 do CP não teria qualquer consistência, pois o fato de legalizar a

43. O parlamentar cita, em seu parecer, passagens da obra do jurista Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de direito penal*), utilizado no início deste artigo.

44. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=308020&filename=Tramitacao-PL+98/2003]. Acesso em: 13.02.2017.

45. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=518382&filename=Tramitacao-PL+98/2003]. Acesso em: 13.02.2017.

prostituição não significa que os seus exploradores poderiam continuar se beneficiando.[46]

Sociologicamente, afirma que ainda não existe "clima" para a alteração buscada: fazendo um resgate teórico sobre o direito à privacidade – diferenciando intimidade de vida privada –, o deputado indica uma série de dificuldades que podem resultar de um contrato de prestação de serviços sexuais.[47] Esses obstáculos envolvem os bons costumes e a moral média da sociedade, que ainda não acataria uma modificação abrupta do ordenamento jurídico. Retomando os aspectos de intimidade e privacidade, o congressista menciona a possibilidade de eventuais usuários inadimplentes dos serviços sexuais serem acionados em juízo, o que acabaria expondo sua vida íntima, colocando-os em "situações delicadas",[48] o que comprometeria o direito constitucional à intimidade.

46. "Ao contrário, a subsistência dos crimes impõe a liberação da mulher de quem a possa forçar à prestação dos serviços ou que deixe de prestá-los. Daí, sem consistência a pretensão do ilustre proponente" (p. 3).

47. "Sob tal ângulo, ainda que admissível o contrato de prestação de serviços sexuais, não se poderia aprovar o projeto, uma vez que carente de solução das maiores dificuldades que possam dele resultar. Por exemplo: Como se faz a prova do contrato, na hipótese de insatisfação do resultado? como calcular e de que forma o tempo da prestação dos serviços, se são eles prestados com total intimidade? Quais os critérios de estipulação dos valores? Que tipo de serviço será prestado e qual sua gradação para criar parâmetros aceitáveis? Quando se considerar consumado o contrato? É assegurado o arrependimento? É contrato submetido a condição, termo ou encargo? Pode estar subordinado a evento futuro e incerto (definição de condição, prevista no art. 121 do Código Civil)? Quando forem várias ou vários os prestadores de serviço, como será feita a divisão do pagamento?" (p. 8).

48. "Imaginemos que uma prostituta celebra o contrato de prestação de serviços sexuais e, na intimidade, por qualquer razão que se queira imaginar, o contrato não se consume. Seja por descoberta, por parte do parceiro, de que há moléstia existente ou de impotência do homem ou defeito físico imperceptível quando vestido, haja resistência à consumação do ato sexual. A solução seria a ida a juízo para que houvesse a composição dos danos. Como ficariam as partes? Pode-se pensar na restrição que o juiz possa impor de segredo de justiça. No entanto, os autos permanecem existentes, seja na estrutura tradicional do andamento dos processos, seja no foro digital. Como ficaria a vida privada de uma pessoa exposta à publicidade? Imaginemos que sejam pessoas de reconhecimento público, como ficariam protegidas em sua intimidade? Imaginemos que um prostituto não logre satisfazer a parceira e que, mesmo assim, pretenda receber o que fora pactuado. Como resolver a pendência, sem expor ambos à execração pública, ao riso, à maledicência. Não creio que ainda estejamos preparados para aceitar a proposta do digno deputado Fernando Gabeira. É possível que em alguns anos mais, tais situações possam se tornar corriqueiras que, então, haja oportunidade para que se volte ao assunto" (p. 11-12).

Em 21 de novembro de 2007, foi apresentado o Requerimento 2033/2007, para que fosse incluída no processo legislativo a Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP), considerando que o projeto tinha como finalidade regularizar o exercício de determinada profissão. O pedido foi deferido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Foi designado como relator da comissão supracitada o Deputado Federal João Campos, que, em seu parecer,[49] emitido em 2010, posiciona-se pela rejeição do PL. O parlamentar elenca os três sistemas de enquadramento jurídico da prostituição (abolicionista, proibicionista e regulador), recordando que o Brasil já passou por um período no qual a prostituição era regulamentada, pelo Decreto 7.223/35, por meio do qual cumpria à Delegacia de Costumes fiscalizar o meretrício, exigindo registros e carteiras obrigatórias para os profissionais do sexo. Depois de cinco anos, ressalta que, com a edição do CP (1940), o Brasil passou a adotar o sistema abolicionista, signatário da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (1950). Além disso, faz referência a diversos documentários que apresentam a realidade da prostituição no Brasil, "evidenciando a indignidade dessa atividade" (p. 5) e indicando que sistema jurídico em vigor não tem sido capaz de evitar ou reduzir a prostituição.

Nessa linha de raciocínio, argumenta que aceitar a contratação de serviços de natureza sexual, como estabelece a proposição, não seria jurídico: porque não promove a solidariedade social – no sentido da reinserção do prostituído – nem a construção da uma sociedade mais justa, ofendendo a "moral brasileira" e a dignidade da pessoa humana. Alega, ademais, que a medida legislativa contraria aquilo que vem sendo feito na seara trabalhista, caracterizada pela luta contra a exploração sexual de crianças e adolescentes.

O congressista mostra-se surpreso diante da existência de um código específico da profissão no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) – precisamente, na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) – pois o governo estaria se adiantando em relação ao Parlamento. Nesse contexto, entende a sua legalização simultaneamente como facilitadora da indústria sexual e um incentivo aos jovens para que ingressem no "submundo da exploração do corpo" (p. 7). Em outras palavras, uma escravatura incompatível com a dignidade humana. Adiciona, ao final do parecer, que a prostituição alimenta o vício, a violência doméstica, a violação de direitos individuais, a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis, o consumo excessivo de álcool, o tráfico de drogas,

49. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=825922&filename=Tramitacao-PL+98/2003]. Acesso em: 13.02.2017.

aumentando a criminalidade e causando o desmantelamento das famílias.[50] No início de 2011, o PL 98/2003 foi arquivado, com base no art. 105 do RICD.

4.1.3. Críticas

Segundo o nosso entendimento, é nítido que o projeto pecou pela simplicidade com que a prostituição foi tratada à época, limitando-se à previsão de que seria exigível o pagamento pela prestação de serviço de natureza sexual. A revogação dos tipos penais apontados sequer é fundamentada e, aqui, o autor perdeu a oportunidade de expor que o sistema anterior (abolicionista), diante de suas insuficiências e fracassos, deveria ser substituído pela legalização.

A posição tomada pelo Deputado Federal Aloysio Nunes, segundo parecerista da CCJC, causa espanto porque invoca o princípio da função social do contrato como limitador da autonomia da vontade das prostitutas. Além disso, utiliza expressões vagas como o "interesse social" e o "respeito à ordem pública", enquanto obstáculos diante das lutas dos trabalhadores sexuais, ocultando seu conservadorismo ao lidar com uma questão bastante séria para aquelas e aqueles que se dedicam à profissão. Chega a ser revoltante o fato de que uma suposta "maioria" parlamentar, que nunca exerceu – e dificilmente exercerá – o trabalho sexual tenha o poder de deliberar sobre direitos historicamente reivindicados. Os profissionais do sexo continuarão existindo, mas políticos e juristas parecem obstinados em negar essa realidade, buscando argumentos "jurídicos" para tanto, verdadeiras cortinas de fumaça que escondem suas posições ideológicas retrógradas.

Igualmente preconceituosas as palavras usadas pelo Deputado Federal Antônio Magalhães. Ainda que a história de prostitutas e de prostitutos demonstre que os programas efetuados consistem na sua fonte de renda, não havendo que se falar em trabalho "desonesto", o congressista utiliza um repertório linguístico peculiar, insinuando que jovens brasileiros devem se dedicar a atividades "produtivas", justas, escapando dos caminhos fáceis da prostituição,[51]

50. "Indago: que pais gostariam de ver os seus filhos e filhas optarem por tal prática profissional? Defender a legalização da prostituição é um discurso simplista e vazio, sendo um desserviço a sociedade" (p. 8).

51. A concepção segundo a qual as prostitutas exercem um trabalho ilegítimo remonta ao Brasil Imperial. Nesse período histórico, havia um debate médico que gerava divergências sobre a regulamentação da prostituição. No entanto, os textos analisados pela historiadora Magali Engel indicam convergência dos médicos no seguinte sentido: "O ato de vender o corpo apresenta-se como um outro aspecto que distingue a prostituta

classificada como uma "praga". Contudo, essa facilidade é questionável, tendo em vista uma série de situações enfrentadas por essa categoria de trabalhadores: i) exposição ao risco das doenças sexualmente transmissíveis que podem ser adquiridas através do contato sexual com os clientes; ii) a falta de acesso à justiça, já que, via de regra, não é possível pleitear judicialmente o valor do programa que não foi pago; e iii) a exposição a atitudes violentas por parte de clientes, policiais, muitas vezes sem poder recorrer a instituições sociais.

Quanto ao parecer do Deputado Federal Régis de Oliveira, a afirmação de que ainda não existiria conjuntura política e social para aprovação do projeto é perigosa, visto que procrastina a demanda por direitos trabalhistas dessa categoria. Ora, é idealismo imaginar que existirá um momento no qual haverá um consenso absoluto a respeito da prostituição e, somente a partir dessa convergência, a legalização dos serviços sexuais seja aprovada. Além disso, é extremamente injusto e antidemocrático que a decisão de uma suposta maioria – que não será atingida negativamente pela legalização – seja um obstáculo para concretizar direitos historicamente pleiteados por movimentos de profissionais do sexo.

As considerações subsequentes realizadas pelo deputado demonstram que, com argumentos jurídicos, é possível embasar qualquer posicionamento, mesmo que ele seja contrário a direitos fundamentais ou violador de direitos de uma minoria, que sempre foi estigmatizada.

Nesse caso, os direitos à intimidade e à privacidade são utilizados de maneira perversa para inverter a relação entre o cliente inadimplente e aquela/aquele que presta determinado serviço sexual: na perspectiva adotada pelo congressista, parece mais razoável que o programa não seja pago – contrariando, inclusive, princípios liberais do próprio Direito Civil –, pois seria inaceitável eventual exposição, em juízo, da intimidade do cliente.

Sendo assim, o parlamentar está mais preocupado com a defesa dos "bons costumes" ou da "moral média da sociedade", pondo em segundo plano de-

---

nos textos examinados. Apesar de designada, muitas vezes, como ocupação, ofício e comércio, *a prostituição é vinculada à ociosidade e contraposta a trabalho*. Assim, *considerada uma atividade remunerada ilegítima, é inserida na categoria da desordem social* que, compreendendo desde a noção de delito até a noção de crime, classifica a prostituta entre os tipos considerados socialmente doentes, tais como o mendigo, o vagabundo, o vadio, o capoeiro, o jogador, o bêbado, o ratoneiro, o estelionatário, o ladrão, o malfeitor e o criminoso" (ENGEL, Magali. *Meretrizes e doutores*: saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890). São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 94 (grifo nosso)).

mandas legítimas. Apesar do caráter aparentemente abstrato dos valores invocados pelo deputado, sabemos que se trata da moral patriarcal e dos costumes machistas, que repudiam a prostituição e todas as relações que não estejam enquadradas no casamento heterossexual e na família triangular (homem-mulher-filhos).[52]

A última crítica neste tópico diz respeito ao parecer do deputado João Campos, que emprega a equivocada e indesejada terminologia de "reinserção do prostituído", como se as pessoas que se dedicassem à prostituição fossem criminosas e/ou degeneradas, necessitando de recuperação, ressocialização, reintegração social, ou seja, as "ideologias re", mencionadas pela criminóloga Vera Malaguti Batista quando estuda o funcionamento do sistema penal.[53] Partindo das premissas do congressista, retira-se totalmente a complexidade desse fenômeno, inserido numa lógica simplista na qual a sociedade é o bem e a prostituição é um mal a ser combatido, sendo imprescindível salvar aquelas e aqueles que foram engolidos pelo "submundo" da prostituição.

Essas ideias, ainda que pinceladas com aspectos contemporâneos, vêm sendo reproduzidas no Brasil pelo menos desde o período imperial. Nesse sentido, os estudos históricos da feminista Magali Engel indicam que a prostituição era diagnosticada praticamente como uma doença, ameaçando a sociedade urbana do Rio de Janeiro de acordo com os discursos médicos (1840-1890).[54]

---

52. Observe-se que o próprio exemplo dado pelo Deputado Federal é marcado por essa lógica sexista: "a" prostituta e "o" cliente, numa situação em que clientes inadimplentes são vítimas e prostitutas, as algozes, pela ousadia de expor as sagradas intimidade e privacidade (masculinas).

53. "Enfim, a prisão é uma máquina de infligir dor para certos comportamentos entre certas classes sociais e também entre os resistentes de cada ordem social (...). Com isto, temos de dizer adeus às *ilusões re*, tão presentes no discurso das equipes encarregadas de "humanizar" os sistemas penais. É toda essa multidão de sociólogos, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e que tais que insistem em trabalhar a ilusão de uma prisão feliz e funcional, de onde os reeducandos sairiam melhor do que entraram" (BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 91).

54. "Tomada como objeto da reflexão médica enquanto um dos aspectos característicos da cidade doente, *a prostituição, consensualmente, é diagnosticada como um mal que ameaça a saúde física, moral e social do conjunto da população urbana*. Mas, se de um lado as medidas profiláticas contra a prostituição apresentam-se como uma preocupação comum, de outro o discurso manifesta discordâncias quanto às formas que deveriam ser empregadas no tratamento da doença. O objetivo almejado por todos era o de controlá-la, mas a idéia de controle revela significados distintos. Para uns,

Por fim, verifica-se a tática rasteira de associar diretamente a prostituição à exploração de crianças e adolescentes, mais um argumento populista – desprovido de qualquer estudo ou pesquisa empírica – que gera pânico na sociedade como um todo, contribuindo para que se torne cada vez mais avessa à pauta de legalização. Prosseguindo nos demais fundamentos, causa perplexidade a acusação de que o trabalho sexual fomenta a criminalidade e ameaça as famílias, visto que não há explicação alguma para tal causalidade, apresentada como se fosse um dado facilmente constatável da realidade. Igualmente infundada a alegação de comprometimento das famílias, pois correntes feministas demonstraram que, em determinados períodos históricos, o casamento tem a prostituição como o seu correlato imediato.[55]

Uma vez elencadas as críticas cabíveis, passamos a examinar o próximo projeto.

4.2. Projeto de Lei 4.244/2004

4.2.1. Teor e justificativa

O PL apresentado pelo Deputado Federal Eduardo Valverde (PT/RO) tramitou praticamente na mesma época do projeto anteriormente analisado. Com o objetivo de instituir a profissão "trabalhadores da sexualidade", estes são definidos (art. 1º) como a pessoa adulta que, habitualmente e de forma livre, submete o próprio corpo para ter relações sexuais com terceiros, mediante remuneração previamente combinada. São elencadas ao menos sete categorias desses trabalhadores, desde a prostituta/prostituto, até o gerente da casa de prostituição (art. 2º). É possível que a prestação de serviços seja subordinada, sendo necessário que as condições de trabalho estejam estabelecidas contratualmente (art. 3º). Entre os direitos previstos (art. 4º), o mais relevante parece ser o acesso gratuito a programas e ações de saúde pública preventiva, de combate a doenças sexualmente transmissíveis, pois reforça os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS): a universalidade de acesso e a igualdade da

---

controlar seria limitar, isolar e manter a prostituição, convertendo-a em espaço útil para a sociedade, através de medidas higiênicas e policiais. *Para outros, controlar seria diminuir e, se possível, eliminar o mal da sociedade, através da repressão policial rigorosa, ativada com base nos princípios legais já existentes*" (ENGEL, Magali. Op. cit., p. 103-104 (grifo nosso)).

55. Conforme Simone de Beauvoir: "É preciso que haja esgotos para assegurar a salubridade dos palácios (...)". BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*: a experiência vivida. Trad. Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967. p. 323.

assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7º, I e IV, da Lei 8.080/90).

Para que a profissão em destaque seja exercida, é imprescindível o registro expedido pela Delegacia Regional do Trabalho, renovado a cada 12 (doze) meses, desde que seja apresentada a inscrição como segurado do INSS, bem como o "atestado de saúde sexual", emitido pela autoridade de saúde pública (art. 5º, §§ 1º e 3º). O funcionamento regular dos estabelecimentos – que podem se constituir enquanto cooperativas de trabalho ou empresas (art. 7º) – é garantido mediante autorização das autoridades competentes, em matéria de vigilância sanitária e de segurança pública (art. 6º).

A justificativa do projeto é bastante singela, contando com apenas três parágrafos, nos quais o autor menciona que, não obstante as divergências ensejadas pela prostituição, em alguns países (como a Holanda) ela é legalizada. A iniciativa partiu da premissa de que milhares de pessoas exercem a prostituição no Brasil e, por isso, seria necessário dotar os órgãos competentes de melhores condições de controle e de contenção de abusos.

4.2.2. Trâmites legais

Se comparado aos outros dois projetos examinados neste artigo, a tramitação do PL 4.244/04 foi bastante reduzida.[56] Após três meses de apresentação do projeto (outubro de 2004), a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados o encaminhou às seguintes Comissões: i) Trabalho, de Administração e de Serviço Público; e ii) Constituição e Justiça e de Cidadania. Em setembro de 2005, porém, o Deputado Eduardo Valverde, por meio do Requerimento 3302/2005, solicitou a retirada de tramitação do PL. Considerando que no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados não há meios para acessar o teor do requerimento, as razões do pedido ficam desconhecidas. Possivelmente, tal estratégia foi adotada para concentrar os esforços políticos no PL 98/2003, cujo autor pertence ao mesmo partido político que Eduardo Valverde.

4.2.3. Críticas

Em relação ao projeto de Fernando Gabeira, este PL é muito mais desenvolvido ao ingressar em detalhes da profissão que pretende regulamentar. A técnica legislativa adotada – ao inserir "entre outros" nos direitos e modalidades

56. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=266197]. Acesso em: 17.02.2017.

laborais (arts. 2º e 4º) – não restringe nem as possibilidades de trabalho sexual nem os seus direitos correspondentes, por se tratar de uma lista meramente exemplificativa.

Outro ponto positivo é o reconhecimento, na justificativa, de um dado que deveria ser óbvio para os demais congressistas, ou seja, a existência de milhares de pessoas que exercem a prostituição no Brasil.[57] Eleger a via da legalização, tirando a prostituição da mira do direito penal, e a trazendo para o direito do trabalho, parece ser uma opção menos hipócrita e mais condizente com os anseios dos movimentos de prostitutas.[58]

Contudo, o caráter do registro nas Delegacias Regionais de Trabalho deve ser ponderado com outros aspectos.

Será que uma pessoa (mulher ou homem) se sentiria confortável em ter registrada na sua carteira de trabalho que, durante certo período, foi uma (ou um) profissional do sexo? Caso esse indivíduo optasse por deixar a prostituição, buscando outro emprego, seria visto com "bons olhos" pelas demais empresas em seus processos internos de seleção? Mesmo que se tratasse de um concurso público, o candidato que outrora fosse trabalhador sexual não seria prejudicado na etapa de avaliação social, referente à sua vida pregressa?

---

57. O deputado, não por acaso, deixa de citar fontes que embasem a sua afirmação. Isso porque, praticamente, não existem, no Brasil, pesquisas empíricas, relatórios e estudos consolidados que sejam capazes de mapear a prostituição em todo o país, indicando quantas pessoas efetivamente se dedicam à atividade. Apesar desse *déficit,* a Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA), em conjunto com a OnG DAVIDA "(...) tomou a decisão de realizar uma análise dos contextos da prostituição em relação a direitos humanos, trabalho, cultura e saúde, *dada a inexistência de análises relacionadas ao tema* que partam da compreensão dos diferentes campos de força estabelecidos na arena das políticas públicas brasileiras" (p. 6, grifo nosso). Nesse documento, destaca-se justamente que a invisibilidade do tema contribui para a inexistência de políticas públicas específicas, bem como para a ausência de informações de âmbito nacional. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA INTERDISCIPLINAR DE AIDS (ABIA). Análise do contexto da prostituição em relação a direitos humanos, trabalho, cultura e saúde no Brasil: levantamento nacional e contexto internacional. Rio de Janeiro: ABIA, 2013. Disponível em: [www.sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/2014/03/analise_contexto_abia-davida.pdf]. Acesso em: 17.02.2017.

58. "Sinto, lamento e choro, mas prefiro dar voz a nós prostitutas, ouvir nossas próprias histórias e demandas, lutar para que tenhamos plenas condições de escolher o caminho que quisermos, seguir na prostituição sendo um deles. Ninguém aqui acredita, em sã consciência, que viverá pra ver o fim da prostituição. *O mais urgente, portanto, é lutar por melhores condições para que essas que estão na atividade possam exercê-la em segurança, melhor remuneradas, sem o peso do estigma*" (MOIRA, Amara. Op. cit., p. 141).

O medo de sofrer preconceito e carregar o estigma da prostituição poderia fazer com que esse ofício continuasse sendo exercido de forma clandestina, sem anotações na carteira de trabalho. É evidente que as indagações não passam de hipóteses, sem comprovação empírica, mas, considerando a persistência do machismo na sociedade brasileira, imagina-se que a legalização, por si só, desacompanhada de outras políticas públicas, não será capaz de erradicar as concepções distorcidas acerca da prostituição.

Questiona-se, ainda, a exigência de apresentação do "atestado de saúde sexual" como condição para revalidar o registro profissional. Em primeiro lugar, toda cautela é necessária quando se trata da relação entre prostituição e os discursos médicos, que historicamente a encararam como meio de propagação de patologias venéreas, sendo a própria prostituição considerada enquanto uma doença.[59] Por isso, no período imperial da história brasileira, estudado por Magali Engel, incumbia aos médicos investigar essa ameaça, à higiene e à saúde pública. Assim, o que antes estava oculto poderia ser descoberto, conhecido e classificado, para que, então, fosse controlado.[60]

Essa, certamente, não seria uma orientação desejada pelas prostitutas organizadas, pois, além do viés patológico, põe sobre seus ombros a responsabilidade pela transmissão de moléstias. Embora o projeto não seja claro o suficiente a respeito do atestado de saúde, costuma prevalecer a lógica preconceituosa de que a prostituta (ou prostituto) deve se encarregar do uso de preservativo nas relações sexuais, isentando completamente o cliente. Em outras palavras, parte-se do pressuposto de que o foco de eventuais patologias sempre estará naquele ou naquela que se prostitui. Mais um sinal de que as políticas públicas de saúde destinadas a esse grupo devem ser formuladas na perspectiva dos trabalhadores sexuais.

4.3. Projeto de Lei 4.211/2012[61]

4.3.1. Teor do projeto e justificativa

Batizado de Lei Gabriela Leite – por conta de sua militância histórica na prostituição brasileira[62] –, o PL conceitua o profissional do sexo como o indiví-

59. ENGEL, Magali. Op. cit., p. 66.

60. ENGEL, Magali. Op. cit., p. 66-67.

61. Para uma análise feminista marxista desse projeto, ver: TABUCHI, Mariana Garcia; ROMFELD, Victor Sugamosto. À margem da sociedade, ao centro do capital: o mercado barato de mulheres – Apontamentos acerca do Projeto de Lei Gabriela Leite.

duo maior de 18 anos que, voluntariamente, presta serviços sexuais mediante pagamento (art. 1º). Um de seus méritos consiste na diferenciação entre o ato de se prostituir e a exploração sexual, que ocorre: i) quando há apropriação, por terceiro, maior do que 50% do rendimento do prestador de serviço; ii) se não for efetuado o pagamento pelo serviço contratado ou, ainda; iii) na hipótese de alguém ser forçado a praticar prostituição, mediante violência ou grave ameaça (art. 2º, paragrafo único, incisos I a III).

As possibilidades de trabalho vão além da modalidade autônoma, abarcando a prestação de serviços em regime de cooperativa, ou mesmo em uma casa prostituição, desde que nesse estabelecimento não seja haja exploração sexual (art. 3º). O projeto também garante a aposentadoria especial de 25 anos (art. 5º) e, em relação à esfera penal, mantém os artigos do CP (arts. 228 a 231), retirando-se o termo "prostituição", com o intuito de criminalizar apenas as situações de exploração sexual.

Prosseguindo para a justificativa, o deputado afirma que a existência da prostituição é alimentada pela própria sociedade que a condena, a partir de um moralismo superficial e injusto, que fundamenta a negação de direitos. Consta que o projeto dialoga com a lei alemã que regulamenta as relações jurídicas das prostitutas e com os projetos anteriores, apresentados pelos deputados Fernando Gabeira e Eduardo Valverde.

O autor esclarece que, com a iniciativa, não se trata de estimular o ingresso na profissão, mas, sim, reduzir os riscos da atividade, efetivando a dignidade humana, para combater um pensamento hipócrita que priva pessoas de direitos elementares. Argumenta que, na realidade, a legalização se põe como instrumento do Estado de enfrentamento do tráfico de pessoas e da exploração sexual, diante da possibilidade de fiscalização e controle estatal nas casas de

---

Disponível em: [www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/11/Jornada-1%C2%BA-lugar.-Mariana-e-Victor1.pdf]. Acesso em: 18.02.2017. Tal artigo foi apresentado em 2013, na XV Jornada de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), ocasião na qual obteve o primeiro lugar.

62. De acordo com a justificativa do projeto: "a lei aqui proposta se intitula 'Gabriela Leite' em homenagem a profissional do sexo de mesmo nome, que é militante de Direitos Humanos, mais especificamente dos direitos dos profissionais do sexo, desde o final dos anos 70. Gabriela Leite iniciou sua militância em 1979, quando se indignou com atitudes autoritárias, arbitrárias e violentas por parte do Estado que, através da Polícia de São Paulo, promovia perseguições a travestis e prostitutas" (p. 8). Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829&filename=Tramitacao-PL+4211/2012]. Acesso em: 17.02.2017.

prostituição. A descriminalização desses locais, no entendimento do congressista, promoveria melhores condições de trabalho, higiene e segurança, evitando também a cobrança de propinas por parte dos policias, em troca do silêncio e funcionamento às margens da lei.

4.3.2. Trâmites legais

Encaminhado em junho de 2013 para a Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM),[63] contando com um parecer do relator, o Deputado Federal Pastor Eurico (PSB/PE). Este, por sua vez, inicia seu voto afirmando que os defensores da legalização da prostituição partem de um pressuposto falso, visto que o indivíduo plenamente livre para escolher se prostituir não existe. As escolhas estariam condicionadas a fatores sociais, econômicos e culturais, além da interferência da lógica perversa da indústria do sexo,[64] que transforma o corpo em objeto de consumo. Seguindo essa linha argumentativa, alega que o fato de a pessoa ser tratada enquanto mercadoria seria incompatível com a dignidade humana, visão compartilhada por movimentos feministas e por estudiosos da área.

Para embasar seu parecer, o deputado recorre a argumentos de uma organização não governamental internacional de viés feminista (Coalização contra o Tráfico Internacional de Mulheres – CATW) contrários à legalização da prostituição diante do enriquecimento dos empresários do sexo, do estímulo ao tráfico de pessoas, do aumento da prostituição de rua, do turismo sexual decorrente dos grandes eventos, entre outras preocupações.

Menciona, a título ilustrativo, o exemplo da França, que possui políticas de abolição da prostituição, encabeçadas à época (2012) pela Ministra dos Direitos das Mulheres, Najat Vallaud-Belkacem.

Aponta que, mesmo dentro do partido de Jean Wyllys (PSOL) existem correntes que se contrapõem quanto à regulamentação. Utiliza-se, ainda, de uma série de autores para questionar lugares comuns, relativizando a "profissão mais antiga do mundo" a partir do pensamento da historiadora Tânia Navarro

63. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899]. Acesso em: 18.02.2017.

64. "Em contato estreito com a prostituição, bares, restaurantes, boates, motéis, hotéis, pequenas pensões, sex shops, confecções, maquiagem, produtoras de filmes pornográficos e outros obtêm grandes lucros decorrentes dessa atividade" (p. 2). Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1100071&filename=Tramitacao-PL+4211/2012]. Acesso em: 18.02.2017.

Swain, especialista em estudos de gênero pela Universidade de Brasília (UnB), considerando que a prostituição da sociedade contemporânea difere bastante daquela que se verifica em outros períodos históricos.

Como não poderia deixar de ser, o pastor se manifesta sobre questões bíblicas, esclarecendo que, segundo o seu ponto de vista, Jesus Cristo defende a pessoa que cometeu o pecado, e não a prostituição propriamente dita.

Tendo em vista o final de legislatura (2014), o projeto foi arquivado, mas posteriormente desarquivado pelo Requerimento 124/2015, apresentado após a reeleição de Jean Wyllys para o mesmo cargo de representação política. Entretanto, notícias recentes informam que o projeto está parado na Câmara dos Deputados, aguardando a composição de uma comissão temporária para analisá-lo.[65]

4.3.3. Críticas

É possível dizer que o PL Gabriela Leite representa um avanço em relação aos seus antecessores, pois esclarece que somente poderiam ser considerados trabalhadores sexuais indivíduos maiores de 18 anos e delimita o conceito de exploração sexual, ainda nebuloso da forma como foi inserido no CP.

Isso não significa que o projeto esteja isento de críticas. O próprio conceito de exploração sexual, a princípio, mostra-se mais favorável ao empresário do sexo do que àqueles que se prostituem, pois somente se configura com a apropriação de mais de 50% dos rendimentos do trabalhador sexual.

O que mais surpreende nesse projeto não é o seu teor e a forma com que procura regulamentar o trabalho sexual, mas, sim, o seu trâmite na Câmara dos Deputados, especialmente no parecer formulado pelo Pastor Eurico.

O deputado religioso aproveita-se das divergências dentro de setores progressistas para denunciar uma suposta incoerência e também utilizar os argumentos contrários a seu favor (alguns deles, distorcidos de forma perversa). Trata-se de reflexões desenvolvidas pelos movimentos feministas abolicionistas, empregadas estrategicamente como fundamentos "de ocasião" pelo congressista.

A despeito de seu inconformismo com a objetificação do corpo, este se tornou uma mercadoria há muito tempo, seja nas capas de revistas, nos meios

65. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-03/projeto-que-regulamenta-atividade-de-profissionais-do-sexo-esta]. Acesso em: 18.02.2017.

virtuais, na mídia, seja na indústria da moda e da estética. Não temos conhecimento de nenhum projeto de lei tramitando nas casas legislativas que impeça o trabalho de modelos nas passarelas, de dançarinos e dançarinas – praticamente nus em programas televisivos de grande audiência – ou mesmo dos atores de filmes pornográficos. Todas essas modalidades de trabalho, que também lidam com o corpo enquanto uma mercadoria a ser exposta e explorada, curiosamente não causam a ira nem a perseguição de políticos conservadores e fundamentalistas.

De acordo com a linha argumentativa defendida pelo autor do parecer, o sistema jurídico atualmente vigente (abolicionismo) é melhor do que aquele proposto no PL, quando, na realidade, esse setor específico do CP tem oito décadas de vigência de um absoluto fracasso em termos de política criminal, representando um objetivo frustrado de erradicar a prostituição por meio da repressão policial.

O pastor trata as prostitutas como se fossem exclusivamente vítimas, negando as vivências e os anseios dessas profissionais, além de ignorar o fato de que Jean Wyllys formulou o PL com a própria Gabriela Leite e com outros representantes de movimentos sociais que lutam por direitos dos trabalhadores sexuais.[66] Em nenhuma passagem do parecer o pastor se interessa pela perspectiva *diversa*, ou seja, daquelas e daqueles que exercem a prostituição. A prostituta ativista Monique Prada, por exemplo, destaca a importância do projeto para proteger trabalhadores sexuais em situação de vulnerabilidade social, apesar de reconhecer as falhas do PL Gabriela Leite.[67]

66. "(...) compreendo que estender a cidadania às pessoas que se prostituem é um passo importante no sentido da efetivação da dignidade humana. O projeto foi concebido em parceria com representantes dos movimentos sociais que lutam pelos direitos dos profissionais do sexo, inclusive com a própria Gabriela Leite, que infelizmente nos deixou em 2013, vítima de câncer" (WYLLYS, Jean. *Tempo bom, tempo ruim*: identidades, políticas e afetos. São Paulo: Paralela, 2014. p. 161).

67. "Entretanto, o projeto é de grande importância para proteger as prostitutas em situação de maior vulnerabilidade social. Deixar a profissão não regulamentada só favorece a existência de prostíbulos baratos e insalubres, só estimula o trabalho das máfias, o tráfico humano, a escravidão. *Lembremos que trabalho escravo não é inerente apenas à prostituição: há mão-de-obra escrava farta na indústria da construção civil, do vestuário, da mineração. E a situação do trabalhador doméstico nos pontos mais longínquos do país, como anda*?" (PRADA, Monique. As prostitutas e o direito de existir. Disponível em: [https://papodehomem.com.br/as-prostitutas-tambem-tem-o-direito-de-existir/]. Acesso em: 18.02.2017 (grifo nosso)).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além das inúmeras divergências que a prostituição enseja na sociedade e nas correntes do feminismo, é preciso tomar como ponto de partida a necessidade de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos daqueles que se prostituem. Conforme as lições de Herrera Flores, os direitos humanos são um tema de alta complexidade, tendo em vista a incidência de elementos ideológicos e culturais, bem como o fato de ser uma temática intimamente vinculada à vida concreta das pessoas.[68] Por isso, uma visão crítica dos Direitos Humanos deve: i) assumir a perspectiva dos oprimidos e excluídos, vítimas de graves violações de direitos e de toda a sorte de injustiças;[69] e ii) rechaçar a hegemonia do padrão cultural ocidental, que historicamente ditou as formas de interpretação do mundo, estabelecidas por um homem branco, proprietário, adulto, europeu e cristão.[70]

Esse modelo de pensamento é responsável por silenciar a voz dos profissionais do sexo, que nunca foram contemplados pela legislação brasileira enquanto sujeitos de direito, no máximo enquanto vítimas ou criminosos. O Código Penal, vigente a partir da década de 1940, encarava a prostituição como um "crime contra os costumes": nessa lógica, a atividade de prostitutas (principalmente) e prostitutos era tida como um "mal necessário", desviante da sexualidade aceita como "normal", mas controlável por meio da repressão penal de condutas que estavam no seu entorno. Muitos anos depois, a reforma de 2009 trouxe mudanças no sentido de tutelar a dignidade sexual daquele que se prostitui, embora a alteração não tenha repercutido positivamente na vida e na rotina dos trabalhadores sexuais. Por isso, a manutenção do sistema abolicionista representa um obstáculo para a garantia de direitos, sendo o Direito Penal uma via inadequada para lidar com a prostituição.

Igualmente criticável a inciativa de criação de um tipo penal que incida sobre os clientes dos serviços sexuais. Além de reforçar a ineficácia do sistema abolicionista, que somente atinge estratos sociais vulneráveis, prejudicaria consideravelmente os prestadores de tal serviço. A proposta criminalizadora

68. HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. *El vuelo de Anteo*: Derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, S.A., 2000. p. 19.

69. HERRERA FLORES, Joaquín. Op. cit., p. 58.

70. SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos y desencantos de los derechos humanos*. Barcelona: Icaria editorial, 2011. p. 25.

não contribui para a concretização de direitos, fortalecendo o estigma da profissão e reiterando o seu *status* de clandestinidade.

Avançando para os projetos de legalização da prostituição, percebe-se que os seus defensores denunciam a hipocrisia generalizada e o falso moralismo dos representantes políticos, responsáveis pela marginalização da atividade que carece da garantia de direitos. Em outro giro, os autores dos PL pecam ao caracterizar a prostituição como a "profissão mais antiga do mundo", partindo da premissa de que sempre existiu, independentemente de suas nuances históricas, naturalizando o fenômeno em uma perspectiva evolucionista, diretrizes típicas do positivismo.

Por outro lado, aqueles que se manifestaram contrariamente à prostituição, em seus pareceres apresentados no curso do processo legislativo, reproduzem diversos posicionamentos que sintetizam o senso comum machista a respeito do tema, concluindo que o ato de se prostituir não seria um comportamento aceito, afrontando a dignidade sexual dos indivíduos, que devem ser reinseridos na sociedade, preferencialmente em um trabalho "produtivo".

Apesar dos avanços trazidos pelos projetos de lei, instigando o Poder Legislativo brasileiro a discutir uma pauta que, via de regra, é tratada como se não existisse, os referidos projetos não se mostraram suficientes para efetivar a demanda legítima dos profissionais do sexo, dando indícios de que, com a legalização, os empresários do sexo estariam se beneficiando mais do que as próprias prostitutas.[71]

É preciso ter em mente que a mera regulamentação dessa atividade, sem o acompanhamento de outras iniciativas estatais – políticas públicas de segurança, saúde e educação –, não será capaz de melhorar significativamente as condições de vida dos trabalhadores sexuais. Desse modo, a legalização é o caminho mais indicado para concretizar as reivindicações dos referidos trabalhadores, desde que as propostas: i) estejam atentas às desigualdades e vulnerabilidades dentro do próprio grupo das prostitutas e prostitutos (classe, gênero, raça orientação sexual); e ii) sejam formuladas com a incorporação das vivências e dificuldades narradas por esses profissionais, valorizando o seu protagonismo e priorizando os lugares de fala dos indivíduos que se prostituem, acima de qualquer interesse econômico por parte da indústria do sexo.

71. TABUCHI, Mariana Garcia; ROMFELD, Victor Sugamosto. Obra citada. p. 25.

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA INTERDISCIPLINAR DE AIDS (ABIA). Análise do contexto da prostituição em relação a direitos humanos, trabalho, cultura e saúde no Brasil: levantamento nacional e contexto internacional. Rio de Janeiro: ABIA, 2013. Disponível em: [www.sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/2014/03/analise_contexto_abia-davida.pdf]. Acesso em: 17.02.2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*: a experiência vivida. Trad. Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 4*: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*: parte especial 1. São Paulo: Atlas, 2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – Parte geral. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

ENGEL, Magali. *Meretrizes e doutores*: saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890). São Paulo: Brasiliense, 2004.

GUSSO, Luana de Carvalho Silva. *Carne e culpa*: notas sobre a gestão penal do sexo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derchos humanos. *El vuelo de Anteo*: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, S.A., 2000.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. VIII.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penais e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

LEITE, Gabriela. *Eu, mulher da vida*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

LEITE, Gabriela. *Filha,* mãe*, avó e puta*: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MOIRA, Amara. *E se eu fosse puta*. São Paulo: Hoo Editora, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas*: aspectos constitucionais e penais. São Paulo: RT, 2014.

PEDRINHA, Roberta Duboc. *Sexualidade, controle social e práticas punitivas*: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIERANGELI. José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

PRADA, Monique. As prostitutas e o direito de existir. Disponível em: [https://papodehomem.com.br/as-prostitutas-tambem-tem-o-direito-de-existir/]. Acesso em: 18.02.2017.

PRADA, Monique. De estrelas e putas vidas. Disponível em: [http://lugardemulher.com.br/de-estrelas-e-putas-vidas/]. Acesso em: 12.02.2017.

PRADA, Monique. Putafobia: segurança diz que matava mulheres porque tinha ódio de prostitutas. Disponível em: [http://mundoinvisivel.org/putafobia-seguranca-diz-que-matava-mulheres-porque-tinha-odio-de-prostitutas/]. Acesso em: 22.01.2017.

ROMFELD, Victor Sugamosto. A reforma do código penal e os crimes envolvendo a prostituição. *Revista Jurídica Themis*, n. 25, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 68-86, 2013/2014.

ROMFELD, Victor Sugamosto. Os discursos criminológicos e sexistas nos sistemas de enquadramento jurídico da prostituição feminina. *Revista Jurídica Themis*, n. 24, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS), p. 229-244, 2012/2013.

ROMFELD, Victor Sugamosto. *Uma análise criminológica dos sistemas jurídicos de enquadramento da prostituição feminina*. Monografia de Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2013.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos y desencantos de los derechos humanos*. Barcelona: Icaria editorial, 2011.

SILVA, Rodrigo da. *Discriminação múltipla como discriminação interseccional*: as conquistas do feminismo negro e o direito da antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TABUCHI, Mariana Garcia; ROMFELD, Victor Sugamosto. À margem da sociedade, ao centro do capital: o mercado barato de mulheres: Apontamentos acerca do Projeto de Lei Gabriela Leite. Disponível em: [www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/11/Jornada-1%C2%BA-lugar.-Mariana-e-Victor1.pdf]. Acesso em: 18.02.2017.

WYLLYS, Jean. *Tempo bom, tempo ruim*: identidades, políticas e afetos. São Paulo: Paralela, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública, de João Paulo Orsini Martinelli – *RBCCrim* 110/457-472 (DTR\2014\18449); e
- Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?, de Gisele Mendes de Carvalho – *RCP* 12/177-211 (DTR\2010\578).