89376

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 25 • vol. 133 • julho / 2017

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
IBCCRIM

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 133 • julho / 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

Ada Pellegrini Grinover (USP – São Paulo/SP); Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália); Afranio da Silva Jardim (UERJ - Rio de Janeiro/RJ); Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP); Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia); Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal); Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha); Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha); Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP); Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP); Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca - Espanha); Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha); Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona - Espanha); Carlos Maria Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha); Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal); Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha); David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália); Esther Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha); Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá); Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha); Geraldo Prado (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ); Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha); Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha); Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile); Jésus-Maria Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha); João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal); Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal); José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha); José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal); Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina); Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR); Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha); Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha) Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR); Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid - Espanha); Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra - Portugal); Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal; Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia); Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina); Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP); Nicolás Rodriguez García (Universidad de Salamanca – Espanha); Nilo Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal); Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai); Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR); Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália); Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha); Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Alvino Augusto de Sá (USP – São Paulo/SP); Andréa Ana do Nascimento (UFRJ – Rio de Janeiro); Antonio Carlos Tovo Loureiro (Ulbra – Porto Alegre/RS); Carla Silene Bernardo Gomes (PUC Minas – Belo Horizonte/MG); Carlos Eduardo Millen Grosso (IFSC – Curitiba/SC); Décio Franco David (UFPR – Curitiba/PR); Fabio D'Avila (PUCRS – Porto Alegre/RS); Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS – Porto Alegre/RS; Felipe da Silva Freitas (UnB – Brasília/DF); Fernanda Carolina de Araujo Ifanger (PUC – Campinas/SP); Fernanda Regina Vilares (USP – São Paulo/SP); Helena Regina Lobo da Costa (USP – São Paulo/SP); Israel Domingos Jorio (FDV – Vitória/ES); Jéssica Raquel Sponchiado (FDUSP – São Paulo/SP); José Danilo Tavares Lobato (UFRRJ – ICHS – Seropédica/RJ); Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide – Espanha); Marcelo Almeida Ruivo (Universidade de Coimbra – Portugal); Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ricardo Cicero de Carvalho Rodrigues (ESTÁCIO – Recife/PE); Rosane Teresinha Carvalho Porto (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS); Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho (PUCRS – Porto Alegre/RS)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Alessandra Prezepiorski Lemos (UFPR – Curitiba/PR); Aline Lima Gonçalves (Universidade de Araraquara – Araraquara/SP); Ana Gabriela Mendes Braga (UNESP – Franca/SP); André Luis Callegari (UNISINOS – Porto Alegre/RS); Ariel Barazzetti Weber (UNISINOS – Porto Alegre/RS); Bruna Portella de Novaes (UnB – Brasília/DF); Clara Maria Roman Borges (UFPR – Curitiba/PR); Cláudio Rogério Sousa Lira (UNISINOS – Porto Alegre/RS); Daniel Fonseca Fernandes da Silva (UFBA – Salvador/BA); Eduardo Cambi (UENP – Jacarezinho/PR); Emmanuella Magro Denora (UENP – Jacarezinho/PR); Erica do Amaral Matos (USP – São Paulo/SP); Fábio de Carvalho Mastroianni (Universidade de Araraquara – Araraquara/SP); Isabella Miranda (UnB – Brasília/DF); J. J. Gomes Canotilho (Universidade de Coimbra – Portugal); Jeanne Geralda de Sousa (Universidade de Araraquara – Araraquara/SP); José Francisco Dias da Costa Lyra (URI – Santo Ângelo/RS); Juan Carlos Carbonell Mateu (Universidade de Valencia – Espanha); Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara (PR – Arapiraca/AL); Lídia Dalila Felício Martins (Universidade de Araraquara – Araraquara/SP); Manuela Abath Valença (UnB – Brasília/DF); Nuno Brandão (Universidade de Coimbra – Portugal); Raimunda Bernardo Souto (Universidade de Araraquara – Araraquara/SP); Romulo Fonseca Morais (UFPA – Belém/PA); Vinicius de Almeida (UNESP – Franca/SP)

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. 133 • julho / 2017

Coordenoção (editoro-chefe)
MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

Publicoção oficiol do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 133 • julho / 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.

ProView
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretoro Editorial
MARISA HARMS

Rua do Bosque, B20 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

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

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)
Tel. 0800-702-2433

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

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

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

Impresso no Brasil: [07-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [29.05.2017]

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 Secretária
Carlos Roberto Isa
1º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nocional das Coordenadorias Regionais e Estoduais
André Adriano Nascimento e Silva
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

André Pires de Andrade Kehdi
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
Mauricio Stegmann Dieter
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali Caetano Dias
Comunicação e Marketing
Gabriel de Freitas Queiroz
Convênios
João Paulo Martinelli
Cooperação Jurídica Internacionol
Silvia Steiner
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies S. Santos
Iniciação Científico
Natália Macedo Sanzovo
Journal de Ciências Criminois
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Daniela Skromov
Mesas de Estudas e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografios
Frederico Normanha de Almeida

Núclea 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

Presidentes das Comissões Organizadoras

23º Seminário Internacional
Alexis Couto de Brito

21º Cancurso de Manografios de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente
Rofael Serra de Oliveira

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 133 • julho / 2017

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrotivos Editoriais: Francisca Lucélia Carvalho de Senae Juliana Camilo Menezes

Produção, Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

Líder Técnica de Qualidode Editoriol: Maria Angélica Leite

Analistas de Dperações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Bryan Macedo Ferreira, Damares Regina Felicio, Danielle Rondon 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, Thiago César Gonçalves de Souza eThiago Rodrigo Rangel Vicentini

Analistas Editoriais: Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

Analistas de Qualidade Editarial: Carina Xavier Silva, Claudia Helena Carvalho 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 Conteúda Digital
Caardenação
MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Bruna Carmo, Diogo Ferreira, Gabriela Lino, Luciano Guimarães, Renan Diniz, Rodrigo Araújo, Rodrigo Barcelos e Yasmim Andrade

Administrativa e Pradução Gráfico
Caardenaçãa
CAIO HENRIQUE ANORADE

Anolista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Direito Penal

A cegueira deliberada da *comman law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores

The willful blindness theory from the comman law ta the civil law and the wrangful appraprіation af the theory by the judiciary: new opportunity for judicial activism and the return to the jurisprudence of values

André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber 17

Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol

Criminal liability af legal entities: reflections around its "dogmatic" and on the reform of the system af the Spanish Penal Cade 2010

Juan Carlos Carbonell Mateu, Traduzido por Paulo César Busato 37

A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais

The criminal sanction in indigenous criminal law: fram legal pluralism to the recognition of customary rules of conflict's resolution

Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara..... 69

Processo Penal

Contribuições e desafios da psicologia nos procedimentos de execução penal: um estudo qualitativo com profissionais da região central do Estado de São Paulo

Contributians and challenges of psychalagy in penal enforcement procedures: a qualitative study with professionals in the central region of the State of Sõo Paulo

Fábio de Carvalho Mastroianni; Aline Lima Gonçalves; Jeanne Geralda de Sousa; Lidia Dalila Felício Martins e Raimunda Bernardo Souto..... 111

Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato

Rewarded collaborotion: criticol reflections on the Lova Jato Operation's foundationol agreements

J. J. GOMES CANOTILHO e NUND BRANDÃO 133

Processo penal e democracia: as práticas repressivas aos movimentos operários na Primeira República

Democracy and criminal procedure: the criminalisotion of the working class in the beggining of the 20th Century

MANUELA ABATH VALENÇA 173

CRIME E SOCIEDADE

Os estupros nas universidades: uma análise da heteronormalidade e seus mitos

Rape at universities: an onolysis of heteronormotivity ond its myths

CLARA MARIA ROMAN BORGES e ALESSANDRA PREZEPIORSKI LEMOS 199

Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar

Maria da Penha Law: protection of women's rights in situotion of domestic ond fomily violence

EDUARDO CAMBI e EMMANUELLA MAGRO DENORA 219

Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza

Prison privatization and the commodizotion of crime and poverty

ERICA DO AMARAL MATOS 257

A produção da morte pelo sistema penal: análise do processo criminal de um dos presos mortos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas/São Luís (Maranhão)

The production of death by the criminal system: criminal process onolisys of one of the deod prisoners in Pedrinhos Penitenciary Complex/São Luís (Maranhão)

ISABELLA MIRANDA 299

O direito fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das teorias da determinação judicial da pena

The fundamental right not be punished wrongly: a sketch from the theories of judicial determination of the sentence

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA e CLÁUDIO ROGÉRIO SOUSA LIRA 335

A (des)legitimação do sistema penal e os direitos humanos na era do biopoder
The (de)legitimation of the criminal system and the human rights in the biopower era
ROMULO FONSECA MORAIS 385

A (des)criminalização do jogo do bicho
The (de)criminalization of "jogo do bicho"
VINICIUS DE ALMEIDA e ANA GABRIELA MENDES BRAGA 419

RESENHA

El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo, de Eugenio Raúl Zaffaroni
BRUNA PORTELLA DE NOVAES e DANIEL FONSECA FERNANDES DA SILVA 463

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 473

POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 479

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 489

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECKLIST*) 495

A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores

The willful blindness theory from the common law to the civil law and the wrongful appropriation of the theory by the judiciary: new opportunity for judicial activism and the return to the jurisprudence of values

André Luís Callegari

Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid (2001) Espanha. *Doutor Honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala – México (2007). Doutor *Honoris causa* pelo Centro Universitário del Valle de Teotihuacan – México (2007). Especialista em Criminologia pela PUC-RS (1991). Coordenador Executivo da Faculdade de Direito da Unisinos. Professor de Direito Penal nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor convidado na Universidade de Coimbra – Portugal no acordo CAPES/GRICES. Professor convidado na Cátedra Latino-Americana de Derecho Penal na Universidad Externado de Colombia. Professor convidado nos cursos de Pós-Graduação em Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e da Faculdade de Direito da Alta Paulista de São Paulo. Professor de Direito Penal na Escola Superior da Magistratura do RS. Professor convidado no Programa Intercampus na Universidad Autónoma de Madrid. Ex-pesquisador do Ministério da Justiça do Brasil no Projeto Pensando o Direito. Ex-membro da Comissão Redatora do Código Penal Tipo Ibero-americano. Fundador do Centro de Estudos Ibero-americano de Ciências Penais. Coordenador da Revista Ibero-americana de Ciências Penais. Advogado Criminalista.

callegari@calegariadvogados.com.br

Ariel Barazzetti Weber

Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Formado no curso de Governança Corporativa e Compliance do INSPER – São Paulo. Vencedor dos prêmios Santander Top China 2011, realizado em Shanghai, e do prêmio Unisinos/SKKU Summer Semester 2012, realizado em Seoul, Coreia do Sul, nesse último, desenvolvendo pesquisa e estudo sobre sistemas legais internacionais sob a coordenação da Dra. Meagan Wong, editora assistente do jornal chinês de Direito Internacional e parte do Tribunal Penal na Assembleia dos Estados do TPI, em Nova Iorque, EUA. Advogado Criminalista.

callegari@calegariadvogados.com.br

Recebido em: 18.03.2016
Aprovado em: 30.05.2016
Última versão autores: 21.12.2016

Callegari, André Luís; Weber, Ariel Barazzetti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 17-35. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: A teoria da cegueira deliberada há muito vem sendo utilizada no direito anglo-saxão. Em curtas palavras, a teoria dá conta da possibilidade de se atribuir uma conduta criminosa equiparada à dolosa a um indivíduo que deliberadamente opta por não saber que sua conduta envolve uma ilicitude. A principal justificativa para o presente trabalho pode ser atribuída à preocupação com a incorporação de teorias alienígenas ao direito pátrio sem qualquer teste de recepção, ou seja, utilizam-se equivocadamente teorias sob o véu da novidade e pelo "aval" dado pelos tribunais estrangeiros. O presente trabalho pode ser considerado um esforço para quebrar o ciclo de recepção pelo judiciário e não pela academia de teorias estrangeiras aplicáveis ao Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Direito comparado – Lavagem de dinheiro – Cegueira deliberada – Normativa internacional – Modificações legislativas.

ABSTRACT: The theory of willful blindness has long been used in Anglo-Saxon law. In short words, the theory accounts for the possibility of attributing criminal conduct equivalent to willful to an individual who deliberately chooses not knowing that his conduct involves unlawfulness. The main justification for this study can be attributed to the concern about the incorporation of alien theories to domestic law without a compatibility test, they are used mistakenly under the veil of novelty and the "approval" given by foreign courts. This work can be considered an effort to break the cycle of reception by the court and not by the Academy of foreign theories applicable to criminal law.

KEYWORDS: Criminal law – Comparative law – Willful blindness – Money laundering – International laws – Law modifications.

SUMÁRIO: 1. O repentino interesse do Judiciário pela teoria da cegueira deliberada. 1.1. Origem da teoria da cegueira deliberada. 1.2. O conhecimento exigível para o direito penal estadunidense. 1.3. A cegueira deliberada e as decisões das cortes americanas: o ativismo judicial estadunidense. 2. A questão da cegueira deliberada na *civil law* – Fundamentos. 2.1. A cegueira deliberada e o dolo eventual – Problemáticas na aplicação. 2.2. A cegueira deliberada no Brasil: existe espaço para sua aplicação em nossa pátria? 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. O REPENTINO INTERESSE DO JUDICIÁRIO PELA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria da cegueira deliberada vem sendo utilizada nos países de sistema *common law*, muito em razão da inexistência do dolo eventual naquele, o que terminou por reduzir a discussão sobre a teoria em nosso país[1]. Entretanto, num movimento de expansão do direito penal no Brasil, a teoria da ignorância foi utilizada em certos casos emblemáticos, mesmo que nada substancial tenha

1. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorância deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 21.

sido escrito sobre o assunto em termos nacionais – aí já começa a despontar o problema da doutrina brasileira, e sem qualquer filtragem hermenêutica-constitucional.

O que tem sido observado é que os julgadores brasileiros, assumindo um papel (que não lhes pertence) de transformadores sociais, buscam teorias alienígenas a fim de decidirem conforme a "vontade do povo", fugindo às leis penais vigentes e deixando de lado a necessária adaptação de uma teoria ao nosso sistema. Imbuído do espírito do "clamor social", busca o judiciário, apropriando-se erroneamente da doutrina da cegueira deliberada, acabar com a impunidade, tornando os crimes passíveis de uma espécie de dolo eventual por meio da teoria objeto de nosso estudo.

1.1. Origem da teoria da cegueira deliberada

A teoria da cegueira deliberada, também chamada de *willful blindness doctrine ou ostrich instructions*[2], surgiu nas cortes inglesas em 1861. O caso que deu origem a tal teoria é o de Regina *v*. Sleep[3], no qual acusação era de posse de resina de uso naval gravada com a marca do governo, sendo tal conduta proibida pelo Embezzlement of Public Stores Act. Nesta primeira judicialização do termo, embora não tenha havido a condenação, houve manifestação no sentido de que, se a corte houvesse encontrado suficientes indícios de que o acusado tivesse deliberadamente evitado o conhecimento pleno, poderia ser condenado por sua ignorância deliberada. As cortes inglesas passaram a utilizar então a *willfull blindness* como substituta ao conhecimento pleno.

O caso mais emblemático no tocante à utilização primeira nos Estados Unidos da América foi em Spurr *v.* United States[4]. Nesse caso, assim pronunciou-se o juiz, considerando criminoso o ato de certificar um cheque sem que o mesmo tenha fundos suficientes a fim de que a pessoa retire dinheiro do banco:

2. Em tradução literal, a primeira expressão pode ser compreendida como nós a chamamos, cegueira intencional ou deliberada. Já a segunda expressão, "instruções da avestruz", guarda relação à figura do animal que, sentindo-se ameaçado ou diante do perigo, esconde seu bico, como se isso o tornasse imune ou alheio ao que o cerca.
3. Para maiores informações sobre o caso, ROBBINS, Ira P. *The ostrich instruction:* deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991).
4. Nesse caso, o acusado, bancário, teria certificado um cheque sem que o indivíduo possuísse fundos suficientes. SPURR *v.* U.S., 174 U.S. 728 (1899). Disponível em: [http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=174&invol=728]. Acesso em: 20.01.2015.

> O mesmo propósito criminoso pode ser presumido se o agente propositalmente se mantém ignorante se o sacador tem dinheiro no banco ou não, ou se é grosseiramente indiferente ao seu dever de conhecer tal fato[5].

Já em Leary *v*. United States, a doutrina moderna da cegueira deliberada passou a ser desenhada, sendo amplamente utilizada pelas cortes americanas a partir de então. Em verdade, a principal motivação da utilização da teoria foi a de ver presos e condenados os traficantes de drogas. Num ativismo judicial surpreendente após a abrangente lei de combate às drogas de 1970[6], os juízes americanos buscaram condenar os portadores de drogas, pois deveriam ter o conhecimento de que ela seria importada, logo, praticariam o crime de importação prevista na lei penal.

Assim como será tratado nos demais pontos deste artigo em relação ao Brasil, nos EUA não houve uma fundamentação plausível por parte dos juízes em suas decisões, utilizando-se somente de citação do Código Penal Modelo, sem qualquer outro fundamento[7]. O mais grave foi o fato de, em virtude da falta de precedentes de autoridade, enquanto uma parte das cortes passou a considerar conhecimento como equivalente à cegueira deliberada, outra expandiu o conceito de conhecimento para incluir dentro do mesmo a cegueira.

1.2. O conhecimento exigível para o direito penal estadunidense

O principal ponto que envolve a teoria da cegueira deliberada em sua criação é no tocante ao campo de utilização desta. Para compreendermos nos próximos pontos a importação da mesma pelo judiciário brasileiro e a correção de sua aplicação em nosso país, devemos necessariamente passar pela análise no local onde foi pensada e construída.

---

5. "And so evil design may be presumed if the officer purposely keeps himself in ignorance of whether the drawer has money in the bank or not, or is grossly indifferent to his duty in respect to the ascertainment of that fact." SPURR *v.* U.S., 174 U.S. 728 (1899).
6. Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970. Disponível em: [http://criminal.findlaw.com/criminal-charges/comprehensive-drug-abuse-prevention-and-control-act-of-1970.html]. Acesso em: 20.01.2015.
7. ROBBINS, Ira P. *The ostrich instruction*: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991), p. 12.

Nos Estados Unidos, local onde a teoria contemporânea foi mais bem solidificada, a culpabilidade, segundo o Código Penal Modelo[8] exige o elemento subjetivo, e, dentro dos requisitos mínimos para a condenação, encontra-se, junto à negligência e imprudência, o necessário conhecimento (*knowingly*) – equiparado à figura do crime doloso em nosso sistema.

Dessa forma, verifica-se, inicialmente, a inexistência de previsão expressa do dolo eventual, havendo a figura da culpa (*recklessly or negligently*) e do dolo direto. Ocorre que, em uma ressalva do Código Modelo, o conhecimento exigível para a caracterização do crime pode ser equiparado à situação em que a pessoa tem consciência da alta probabilidade da existência de um elemento típico[9].

Fica claro que a alta probabilidade de uma ilegalidade equipara a conduta de um indivíduo ao dolo de comissão de um delito. Partindo dessa definição, o Guia de sentenciamento federal[10] dos Estados Unidos da América, em vez de fechar o conceito para evitar arbitrariedades, termina por abri-lo ainda mais, inserindo então a figura da cegueira deliberada:

> Um indivíduo é "deliberadamente ignorante de uma ofensa" se o indivíduo não investigou a possível ocorrência de uma conduta ilegal a despeito de conhecimento de circunstancias que levariam uma pessoa razoável a investigar se a conduta ilegal ocorreu.

O conceito de conhecimento do Código Modelo dos EUA e o guia de sentenciamento abrem a possibilidade de condenação dolosa para muitos casos, equiparando-se a suspeita não investigada ao conhecimento. É daí que surgem os tais *hard cases* americanos, tal como Hart defende, partindo do pressuposto

8. Disponível em: [www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/mpc/mpc.html].
9. (7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.
10. (J) An individual was "willfully ignorant of the offense" if the individual did not investigate the possible occurrence of unlawful conduct despite knowledge of circumstances that would lead a reasonable person to investigate whether unlawful conduct had occurred. Disponível em: [www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2014/GLMFull.pdf], p. 507.

de que, em alguns casos, o juiz teria maior liberdade de "escolha"[11]. Dentro dessa ideia de *hard case*, a crítica feita por Lênio Streck[12] é avassaladora:

> Deixando isso mais claro: na medida em que nosso desafio é levar os fenômenos à representação (pela linguagem), casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*) estão diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação, tarefa máxima de qualquer ser humano. Daí que, paradoxalmente, o caso difícil, quando compreendido corretamente, transforma-se em um "caso fácil". É aqui que, por ser correta (sequer nos perguntaremos sobre ela), a interpretação "desaparece". (...) O problema de um "caso" ser fácil (*easy*) ou difícil (*hard*) não está nele mesmo, mas na possibilidade – que advém da pré-compreensão do intérprete – de se compreendê-lo.

E é exatamente essa porta que é aberta quando a doutrina falha e abandona sua função essencial, passando às cortes a análise de uma teoria mal construída. É justamente nesses casos em que, conforme será demonstrado adiante, a hermenêutica, partindo da pré-compreensão, utiliza os princípios para "arredondar", fechar a interpretação.

1.3. A cegueira deliberada e as decisões das cortes americanas: o ativismo judicial estadunidense

Em que pese não tenham sido os pioneiros no assunto, os EUA são responsáveis pela aplicação da teoria da cegueira deliberada nos moldes em que foi difundida para outros países, como o Brasil, como será visto adiante. Antes de analisarmos o que vem a ser a teoria aos olhos dos juízes estadunidenses, algumas ponderações devem ser feitas quanto ao momento de algumas das decisões que serão aqui brevemente analisadas.

Em 1970, a cocaína e maconha eram substâncias muito consumidas nos EUA. Segundo relatório da ONU[13], no tocante à maconha, 70% do mercado americano era abastecido pela Colômbia, obrigando os EUA a enfrentarem a questão de maneira mais severa, criando, para este fim, o Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970, proibindo a importação de qual-

11. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.
12. STRECK, Lênio L. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. *In*: DIMOULIS, Dimitri. *Teoria do direito neoconstitucional*: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo, Método, 2008. p. 301.
13. Disponível em: [www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/4.Cocaine.pdf].

quer substância. Diante da dificuldade de punição dos traficantes, os oficiais americanos passaram a prender e indiciar até mesmo aqueles que portavam substâncias, sob a alegação de que sabiam de sua importação.

Rapidamente, as cortes americanas estenderam a teoria da cegueira deliberada para os crimes de receptação e até mesmo para o crime de proteção a fugitivo federal. O grande problema dessa movimentação é que os julgadores apenas citavam a teoria, sem qualquer fundamentação, muitas vezes fazendo tão somente referência à "ampla utilização", mesmo quando não eram muitos os casos em que havia sido aplicada a cegueira deliberada

Ademais, no ano de 1971, a mesma Suprema Corte julgou o caso U.S. v. Bass[14], solidificando o que nós conhecemos como *in dubio pro reo*, por lá chamado de Rule of Lenity. Naquele caso, a Corte Maior declarou que "conceitos ambíguos das leis penais deveriam ser resolvidas a favor do acusado", contudo, a mais importante frase talvez seja a seguinte: "Um aviso justo deve ser dado ao mundo em uma linguagem que o mundo comum possa entender, sobre o que a lei pretende fazer se certa linha é ultrapassada. Para que o aviso dado seja justo, o máximo possível, a linha deve ser clara[15]."

Não obstante, as cortes americanas passaram a ultrapassar as molduras legais para buscar a punição de indivíduos que não possuíam o conhecimento pleno sobre fato típico[16]. Se toda a construção de Direito Penal, além da proteção dos indivíduos, protege os mesmos dos abusos do Estado, os limites traçados devem ser claros, sob pena de gerar arbitrariedades e abertura à discricionariedade exacerbada do julgador, ligados necessariamente às formas do positivismo[17].

Posteriormente, as cortes iniciaram um movimento de "fechamento" do conceito de cegueira deliberada, muito influenciadas pela clara reprovação

14. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/336/case.html].
15. "a fair warning should be given to the world in language that the common world will understand, of what the law intends to do if a certain line is passed. To make the warning fair, so far as possible, the line should be clear." Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/336/case.html].
16. Como bem coloca Lênio Streck, "a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de 200 anos de história" nos Estados Unidos. STRECK, Lenio Luiz. V*erdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 62.
17. STRECK, Lênio L. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. *In*: DIMOULIS, Dimitri. *Teoria do direito neoconstitucional:* superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo, Método, 2008. p. 291.

do congresso quanto à extensão dada às suas palavras[18]. Constatava-se certa tendência nas decisões americana de evitar o uso abusivo da teoria da *willful blindness*. Em decisão de 2011, ponderaram os *justices* da Suprema Corte que a instrução da cegueira não pode ser aplicada a todo e qualquer caso de suposto desconhecimento, devendo sempre serem verificados certos requisitos: a crença do agente acerca da grande possibilidade da prática de lavagem; e a ação deliberada e positiva do agente para evitar o conhecimento de tal ocorrência. Diante de tais requisitos, assim se manifestou a Suprema Corte no caso em comento:

> Nós entendemos que estes requisitos dão à cegueira deliberada um campo apropriadamente delimitado que ultrapassa a imprudência e negligencia. Sob esta formulação, o réu "deliberadamente cego" é aquele que deliberadamente desenvolve ações para evitar a confirmação de uma alta probabilidade de existência de conduta criminosa, sobre quem poder-se-á afirmar que possuía o conhecimento atual dos fatos críticos.

Observa-se o movimento da Corte Suprema de reaproximar os conceitos sem extravasar a lei enfrentada, uma releitura da própria Corte feita por ela mesma. Entretanto, o esforço da Suprema Corte parece não ser tão bem recebido pelos circuitos dos EUA. O 2º Circuito de Nova Iorque excluiu, em decisão datada de setembro de 2014, a necessidade de demonstração por parte da acusação de "atos positivos voltados a evitar o conhecimento". Logo, a tese do desconhecimento pode ser equiparada à assunção do risco, ou seja, o sujeito que ignora deliberadamente a origem delitiva dos valores obtidos assume o risco de cometer o delito de lavagem de dinheiro.

Essa equiparação, se baseada no Model Penal Code, termina por equiparada à negligência, pois deixar de tomar as medidas cabíveis para confirmação da suspeita é um ato omissivo que pressupõe consciência, mas não pode ser equiparado ao conhecimento. O mais preocupante dessa recente decisão do 2º circuito é a seguinte frase: "em outras palavras, não há incompatibilidade entre a prova do conhecimento pleno e uma acusação por ignorância deliberada. O governo é livre para seguir ambos os caminhos simultaneamente como teorias alternativas."[19]

---

18. ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: Deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991), p. 203.
19. United States *v*. Fofanah, N. 12–4617, September 02, 2014 – US 2nd Circuit. Disponível em: [http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/12-4617/12-4617-2014-09-02.pdf?ts=1410919643]. Acesso em: 21.01.2015.

Não é possível que a acusação busque ambas as coisas: ou o sujeito tem o conhecimento, ou foi deliberadamente ignorante. Não pode o Ministério Público processar um indivíduo simultaneamente por ter evitado o conhecimento pleno e por ter o conhecimento pleno. Parece-nos um vale-tudo que visa unicamente ferir o direito a um *fair trial*, buscando a condenação com a teoria que "colar". Não se trata aqui de discussão culposo/doloso, mas sim doloso/equiparação ao doloso, já que, se houvesse o conhecimento, inócua seria a teoria da cegueira deliberada.

O inegável é a intenção dos juízes americanos de reescrever as leis, ultrapassando seus limites constitucionalmente previstos. André Karam Trindade e Fausto Santos de Morais[20], em artigo sobre o ativismo judicial, destacam o momento em que vivia – e ainda vive – o judiciário americano à época das decisões aqui citadas:

> Segundo Wolfe (1994, p. 6-7), com o recuo da Suprema Corte, inaugurou-se uma nova etapa, em cujo foco se deslocava da esfera econômica para as liberdades civis, na medida em que a primeira e a décima quarta emendas tornaram-se o mote de um ativismo judicial que até então não havia sido desenvolvido e que inscreveria, de uma vez por todas, a atuação desempenhada pela Suprema Corte na história do constitucionalismo: inseridos na tradição da *common law*, os juízes deixaram de simplesmente interpretar as leis e passaram a reescrevê-las.

Dworkin[21], ao tratar do assunto, expressa sua preocupação dos efeitos do ativismo judicial:

> O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Se o objetivo é a condenação de um indivíduo que violou uma lei penal, a tarefa de proposição de tal lei é do Congresso, e não do juiz. O julgador não

20. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito* – UFPR, Curitiba, n.47, 2008, p.29-64.

21. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451.

pode extrapolar suas funções porque, se a teoria da cegueira deliberada fosse útil à defesa, esta usaria ao máximo tal tese[22]. Verifica-se, portanto, que o ativismo judicial americano mais uma vez coloca-se além da moldura da lei, criando uma verdadeira ruptura legal. A questão, que a partir de agora será tratada no direito continental, especialmente no Brasil, parece-nos ainda mais complexa, uma vez que, conforme será demonstrado, coloca em xeque a própria Constituição de 1988.

2. A questão da cegueira deliberada na *civil law* – Fundamentos

No Brasil e em diversos países temos acompanhado a *"commonlização"*[23] do Direito, ou seja, os precedentes parecem fazer a lei nos dias de hoje. Dentro desse contexto histórico, temos também o verdadeiro "escanteamento" da doutrina, reclusa em gabinetes no aguardo de novas decisões para comentar, quando, na verdade, deveria estar sendo comentada nas decisões.

Diante do quadro apresentado, a teoria da cegueira deliberada foi sendo incorporada à *civil law* sem qualquer teste ou adequação, servindo aos julgadores solipcistas como maneira de garantir a condenação que entendem cabível. Demonstraremos, a seguir, que a utilização da teoria da cegueira deliberada no direito continental passar por questões mais complexas do que nos EUA, eis que temos a figura do dolo eventual, que, em uma análise primeira, parece ser um equivalente à teoria.

2.1. A cegueira deliberada e o dolo eventual – Problemáticas na aplicação

O direito penal anglo-saxão utiliza, como já visto, as figuras do dolo (*knowingly*) e culpa (negligência e imprudência). Dentro dessa perspectiva, ao contrario do direito continental, não há a figura do dolo eventual, que, em grosseiro resumo, ocorre quando o agente, embora não querendo diretamente

22. Em Jewell, 532 F.2d at 703, o nono circuito chegou a afirmar exatamente isso, referindo que, se fosse disponível tal tese, os traficantes de drogas usariam essa defesa ao máximo nas cortes.

23. O termo foi ventilado por Lênio Streck em sua coluna no Conjur, externando sua preocupação no tocante à inclusão de um capítulo sobre precedentes no projeto do Código de Processo Civil à época do artigo. STRECK, Lênio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! Disponível em [www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law].

a realização do tipo, aceita-o como possível ou provável, assumindo o risco da produção do resultado[24].

Frente às decisões das cortes americanas, parece-nos que o dolo eventual resolve boa parte das lacunas lá existentes, tornando-se desnecessário na maioria dos casos. Entretanto, existem alguns casos limítrofes nos quais a teoria da cegueira deliberada coloca-se como uma intermediaria entre o dolo e a culpa, equiparando seus resultados, quando aplicada, à figura do dolo eventual. Em que pese exista, em tese, tal possibilidadade, algumas considerações devem ser feitas quanto à aplicação da teoria.

Ragués I Vallès[25], ao tratar da (necessária) compatibilização da cegueira deliberada à *civil law*, assim refere:

> El sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla maniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tempo como medio para obtener algún beneficio, sin sumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos, merece la misma pena que éste.

O autor, ao tratar do requisito subjetivo no caso da cegueira deliberada consistente na intenção da manutenção do estado de ignorância para proteger-se de eventual descoberta do delito e futura condenação, de modo que sempre poderá alegar que nada sabia a respeito, utiliza-se, em parte, da teoria apresentada por Husak e Callender[26] ainda em 1994. Para os autores americanos, três são os requisitos que permitem a aplicação da cegueira deliberada: 1. O indivi-

24. Para maiores explanações sobre o dolo eventual, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M.BOSCH, 2005. A inclusão da cegueira deliberada no conceito de dolo, ao menos para as teorias alemãs e espanholas, vai de encontro à conceituação unanime do mesmo, que exige, ao menos, "certo grau de conhecimento sobre a ocorrência, na conduta, dos elementos que configuram o tipo objetivo de uma infração legal".
25. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorância deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 192.
26. HUSAK, D.; CALLENDER, C. Willful ignorance, knowledge, and the "equal culpability" thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality, *Wisconsin Law Review* 1994, p. 29.

duo deve suspeitar veementemente sobre um fato relevante; 2. A suspeita pode ser facilmente confirmada/rejeitada; 3. O indivíduo deve agir com um motivo para não confirmar sua suspeita, deve ser motivado por um desejo de evitar a persecução por seus atos.

O autor espanhol antes referido[27], na verdade, altera e agrega mais requisitos para a caracterização da ignorância deliberada, terminando por relacionar cinco requisitos que permitem, em tese, utilizar a teoria. O primeiro requisito é a ausência de representação suficiente, já que do contrário estaríamos diante do dolo. O segundo elemento é a disponibilidade da informação ignorada para atingir o conhecimento, enquanto o terceiro elemento diz respeito ao dever de conhecimento, eis que a atribuição de responsabilidade a todos tornaria todos os indivíduos criminosos. O quarto pressuposto é a decisão de manter-se ignorante à informação disponível que tinha o dever de conhecer, e, nesse ponto, mais deveria ser valorado o tempo de permanência da ignorância, que leva à constatação do termo deliberado de forma mais evidente. E, por último, resta a motivação da manutenção em estado de cegueira, que guarda relação com a pena, que será equivalente ao do crime doloso, daí a importância de se analisar, ao menos enquanto perdura a imputação subjetiva, a intenção do agente deliberadamente ignorante.

Feitas tais considerações, observa-se um movimento na doutrina americana e espanhola de delimitar a teoria da cegueira deliberada, algo até agora não feito em nossa pátria. Em verdade, os estudos sobre o tema são meramente descritivos, absolutamente desprovidos de um olhar crítico, trazendo até mesmo um julgado brasileiro como paradigmático – o velho caso do furto ao Banco Central. Diante dessa inócua doutrina, o ponto seguinte pretende criar, mesmo que embrionário, um olhar crítico sobre a teoria, nos moldes que vem sendo aplicada no Brasil.

2.2. A cegueira deliberada no Brasil: existe espaço para sua aplicação em nossa pátria?

No campo do Direito Penal, a teoria da cegueira deliberada vem sendo utilizada nos mais diversos casos, na maioria das vezes fundamentando uma condenação de um indivíduo. A seguir serão analisadas criticamente algumas decisões, nas quais verificaremos o apego das cortes brasileiras ao positivismo, que permite, como é natural, a discricionariedade e arbitrariedades por parte do julgador.

27. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorância deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 184-187.

Em decisão de 25 de fevereiro de 2015, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região[28], aplicando a teoria da cegueira deliberada, manteve condenação de um indivíduo por uso de documento falso. Para discussão do caso, utilizaremos o trecho principal do voto do relator, que foi acompanhado pelos demais desembargadores:

> Segundo tal teoria – por vezes também denominada de "doutrina do ato de ignorância consciente" ou "teoria das instruções de avestruz" –, o agente finge não enxergar a possibilidade de ilicitude da procedência de bens, direitos e valores, com o intuito de auferir vantagens. O dolo configurado, nesse caso, é o dolo eventual: o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que ele está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, e, portanto, prevendo o resultado lesivo de sua conduta, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso, não se importando com o resultado.

O trecho antes descrito, se colocado à prova dos requisitos mencionados no ponto 3.2, termina por fulminado.

28. Penal. Uso de documento falso. Art. 304 do CP. Caracterizado o agir doloso. Dolo eventual. Teoria da cegueira deliberada. Improvimento do recurso. 1. Age dolosamente não só o agente que quis (por vontade consciente) o resultado delitivo (dolo direto), mas também o que assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), conforme o artigo 18, inciso I, do Código Penal. 2. Hipótese na qual as circunstâncias fáticas, o interrogatório do acusado e a prova testemunhal indicam que havia ou ciência do acusado quanto à falsidade do documento apresentado às autoridades policiais ou ignorância voluntária. 3. Pertinente, nesse cenário, a teoria da cegueira deliberada (*willfull blindness doctrine*), que aponta para, no mínimo, o dolo eventual. 4. A aplicação da teoria da cegueira deliberada para a configuração de dolo eventual exige: que o agente tenha tido conhecimento da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal; que o agente tenha tido condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e que o agente deliberadamente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. 5. Motorista de veículo roubado que apresenta aos policiais rodoviários federais CRLV falso não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao documento falso, tendo condições de aprofundar o seu conhecimento e sabendo da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal, especialmente quando recebera quantidade de dinheiro considerável frente à tarefa que iria desempenhar. 6. Considerando os elementos contidos nos autos, e revelando-se presentes todos os requisitos para a configuração do dolo eventual, em plena consonância com a teoria da cegueira deliberada, as razões do apelante referentes ao pedido de absolvição não merecem prosperar. (TRF4, ACR 5001945-68.2013.404.7004, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Rachid de Oliveira, juntado aos autos em 25.02.2015).

Inicialmente, os desembargadores trabalham com a ideia de "sabendo ou suspeitando fortemente". Está aí colocado o primeiro erro. Se a teoria da cegueira deliberada, quando utilizada no Brasil, equipara o comportamento descrito ao dolo eventual, havendo o conhecimento pleno, tem-se necessariamente o dolo exigido pelo tipo. Aquele que conhece não se mantém cego, eis que seus "olhos" já entraram em contato com a informação, logo, absolutamente descabida a condenação por cegueira deliberada daquele que tem conhecimento.

Em seguida, seguem os desembargadores: "prevendo o resultado de sua conduta". Mais uma vez, se há previsão do resultado da conduta, pressupõe-se que já há conhecimento pleno dos elementos que preenchem o tipo objetivo, logo, sabe o agente que está praticando o ilícito. A única previsão que tem o agente é a de que, caso venha a ser confirmada a sua suspeita, algo ilícito pode ocorrer. A diferença pode ser singela, mas existe uma camada intermediária entre prever um resultado pura e simplesmente e prever um resultado caso algo se confirme no meio do caminho.

É o retorno ao velho exemplo dos crimes de trânsito: se o agente, sabendo que os freios de seu automóvel estão estragados, assume o risco de um acidente, e tal previsão se concretiza, responde – sem entrar no mérito de cabimento – por dolo eventual. Agora, a situação muda quando o indivíduo, desconfiando que seus freios não funcionam, deixa de testá-los querendo evitar o gasto de substituição, e vai para a rua, causando um acidente. Verifica-se que a diferença dos dois casos está no conhecimento da informação, que, no segundo caso, pode ser equivalente a uma culpa consciente, e, pela teoria da cegueira deliberada, equiparada ao dolo eventual.

Esses exemplos limítrofes expressam a necessária análise por parte da doutrina dessa figura que vem sendo aplicada pelos tribunais. Abrindo-se a teoria da cegueira deliberada da maneira que o judiciário tem feito, estaremos em breve vendo condenações em que o juiz substitui o necessário conhecimento exigido pela lei pela teoria da cegueira deliberada, sob o argumento de que o agente que age dessa maneira (mantendo-se alheio à informação) é igualmente culpável àquele que detém o conhecimento do ato ilícito[29].

Não é privilégio do Tribunal Regional da 4ª Região a utilização da teoria da cegueira deliberada. Na Ação Penal 470, vulgarmente conhecida como mensalão, o Supremo Tribunal Federal fez o seguinte aporte:

29. HELLMAN, Debora. Willfully blind for good reason. *Criminal Law and Philosophy*, V. 3, Issue 3, p. 301-316.

> Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.

Verifica-se que nossa Corte Máxima utiliza-se, sem qualquer filtro, da teoria como vem sendo aplicada (em parte, como demonstrado) nos Estados Unidos. A problemática aqui persiste, uma vez que, por esta noção de cegueira, tudo passa a ser passível de, no caso em questão, lavagem de dinheiro, uma vez que os conceitos abertos da própria teoria, da maneira aplicada, abrem espaço amplo à discricionariedade.

E aqui vem o ponto nevrálgico de todo esse trabalho: existe algo muito perturbador na alteração dos requisitos de culpabilidade para os crimes dolosos, caracterizado pelo desrespeito à Constituição, que prevê, no art. 5º, inciso XXXIX, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". É o principio da legalidade, garantia fundamental da manutenção da ordem social, e que, no momento de alteração por parte do judiciário de requisitos legais do crime doloso, termina por romper com a Constituição Federal.

Dentro dessa perspectiva, a lei penal, principalmente o art. 18 do Código Penal, define crime doloso como aquele ocorrido "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo". A abertura feita pela teoria da cegueira deliberada, nos moldes em que vem sendo aplicada, abre a porta ao ativismo judicial, já mencionado no ponto 2.2.

O que se verifica, também no caso do TRF4 mencionado, é um retorno à jurisprudência dos valores. Parece que o magistrado, colocado diante do caso concreto, primeiro "acha" a decisão – aquela que, ao ver do juiz, é materialmente cabível ao caso concreto, e fundamentação da mesma, processo de compatibilização dessa decisão com o direito legislado. Essa é a logica aplicada pela jurisprudência dos valores, e, dentro desse contexto destaca-se Esser[30], que considera como direito vigente aquilo que advém dos tribunais, colocando o legislativo como secundário na formação do mesmo.

Diferentemente de Esser, parece-nos que o judiciário, ao utilizar-se da teoria da cegueira deliberada, termina por ultrapassar primeiramente os limites

30. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 196.

legais definidos pela Constituição e pela lei penal, para então avançar para além de sua função, servindo como legislativo. Fikentscher[31], embora de maneira diversa de Esser, termina por considerar que a lei não é diretamente aplicável, estabelecendo balizas, para então se chegar ao que denomina "norma do caso". Para esse autor, o direito objetivo é composto pelo somatório das normas do caso, já que estas são as decisões, enquanto que a legislação é tão somente "apoio de ratificação".

A Jurisprudência dos Valores é bem definida por Lênio Streck[32], que demonstra, assim como no caso da cegueira deliberada, os erros da recepção no Brasil:

> Como se sabe, no caso alemão, a Jurisprudência dos valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da Grundgesetz pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do Bundesvergassungsgericht para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus distinto* da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referencia a valores aparece, assim, como mecanismo de "abertura" de uma legalidade extremamente fechada.

Em um pais em que "até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de 'emplacar'"[33], preocupa a maneira que vem sendo aplicada uma teoria para romper com a *lex* posta. A cegueira deliberada, ao contrário do que se pensa, pode terminar sendo um meio de levar toda negligência à conduta dolosa, permitindo, por meio dessa equiparação, a punição de um agente que agiu com culpa consciente, mas que, frente à lei, não responderia por nada, uma vez que não existe previsão da modalidade culposa. Se a doutrina não tomar sua posição devida, a teoria da cegueira deliberada terminará por punir toda e qualquer conduta culposa como se dolosa fosse, refletindo também na pena aplicável a cada caso.

---

31. FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. V. IV, p. 220, *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 200.
32. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso:* constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.
33. *Idem*.

É essencial que a teoria seja mais bem estudada, servindo como base os requisitos mínimos apontados por Ragués I Valès em sua obra sobre o tema. Frente à inexistência de doutrina sobre o assunto, os juízes solipcistas têm à sua disposição uma perigosa forma de válvula de escape para a expressão de suas convicções pessoais sobre a condenação de um indivíduo. A preocupação não é hipotética, já que a doutrina da ignorância deliberada tem sido utilizada pelos Tribunais, a exemplo dos dois precedentes aqui destacados.

A título de fechamento deste breve artigo, que busca chamar atenção aos problemas que podem e devem surgir quanto à errônea utilização da teoria, importante é a lição, novamente, de Lênio Streck[34]:

> Despiciendo, nesta altura, lembrar que, quando crítico o "solipcismo judicial" ou, o que é a mesma coisa, "decisões conforme a consciência do julgador", tenho em mente a tese de que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista.

Se a hermenêutica, com utilização dos princípios, efetivamente traz o concreto ao direito, então a interpretação deve sempre ser fechada. Daí que se depreende que a teoria da cegueira deliberada não pode ser aproveitada para abrir a lei, sob pena de ampliação do espaço do julgador, abrindo margem às arbitrariedades e às decisões solpcistas, que partem da opinião do juiz para buscarem alguma "fundamentação".

3. Considerações finais

O presente trabalho tinha como objetivo a observação dos resultados da utilização de uma teoria, que, inicialmente, não foi pensada para o direito brasileiro. A teoria chamada cegueira deliberada ou, *willfull blindness*, equipara uma conduta a sua modalidade dolosa quando, segundo a jurisprudência estadunidense, alguns requisitos restam preenchidos.

Verificou-se, contudo, que a teoria, nos Estados Unidos da América, surgiu com um viés extremamente ativista, quando os juízes, buscando exterminar o tráfico de drogas, passaram a condenar indivíduos por importação pelo simples fato de que "deveriam saber" que a substância era importada. Nos EUA, alguns doutrinadores enfrentam abertamente a questão da subjetividade que

34. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.117.

os tais requisitos da cegueira deliberada abrem, tendo em vista a aplicação equivocada e a posição ativista de muitos juízes.

A doutrina da cegueira deliberada, ao ser trazida ao direito penal brasileiro, não passou por um teste de adaptação, por uma adequada e constitucional adaptação. Muito mais complexa sua utilização por aqui do que nos Estados Unidos, a teoria aqui citada fica localizada em um limbo entre o dolo eventual e a culpa consciente, exigindo necessariamente uma construção que permita sua aplicação em respeito à Constituição e à lei penal vigente. Observa-se, nesse ponto, que a Carta Magna brasileira, mais completa (complexa) quando comparada à dos EUA, prevê expressamente o princípio da legalidade no direito penal, e, portanto, deve haver esse exame de compatibilidade.

Para ilustrar a preocupante recepção da teoria foram utilizados trechos de decisões dos tribunais brasileiro, demonstrando a absoluta incapacidade do julgador, perante uma doutrina dormente, de aplicar adequadamente tais preceitos. Em verdade, observa-se, como foi demonstrado, um retorno à jurisprudência dos valores, uma vez que, como ocorre com os princípios, utilizaram-se os magistrados da cegueira deliberada para abrir o tipo penal e a culpabilidade, ampliando o conceito de dolo.

Não bastasse, há clara intervenção dos tribunais brasileiros, ao aplicar a *willfull blindness*, no próprio legislativo, eis que, desrespeitando a Carta Magna e sua previsão de legalidade, adentraram no espectro do dolo e ampliaram sua extensão. É mais preocupante ainda o fato de que os tribunais utilizem a teoria *ex officio* para condenação de um indivíduo. Conceitos como conhecimento pleno, dolo e culpa vem sendo alterados na perspectiva punitiva, numa ação desenfreada dos próprios julgadores de verem os réus punidos. Sem uma necessária intervenção da doutrina, a teoria da cegueira deliberada servirá – e já vem servindo – como meio de alteração do texto, ultrapassando sua moldura e dando margem às decisões baseadas na opinião pessoal do magistrado, fruto de sua própria intenção diante do caso, sob o falso véu de uma tese jurídica que não foi recepcionada, ao menos nos moldes de como tem sido utilizada.

4. Referências

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994

HELLMAN, Debora. Willfully Blind for Good Reason. *Criminal Law and Philosophy*. p. 301-316, v. 3, issue 3.

HUSAK, D; CALLENDER, C. Willful ignorance, knowledge, and the "equal culpability" thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality. *Wisconsin Law Review,* 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 2005.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorância deliberada en derecho* penal. Barcelona: Atelier, 2007.

ROBBINS, Ira P. *The ostrich instruction*: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991).

STRECK, Lênio L. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. *In*: DIMOULIS, Dimitri. *Teoria do direito neoconstitucional*: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo, Método, 2008.

STRECK, Lênio L. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o *common law*! Disponível em [www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law].

STRECK, Lênio L. O que é isto – Decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lênio L. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo judicial:* as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito* – UFPR, Curitiba, n. 47, p.29-64, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 122/255 (DTR\2016\22988);
- A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470, de Letícia Burgel – *RBCCrim* 129/479-505 (DTR\2017\390); e
- Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada, de Marco Antonio de Barros e Thiago Minetti Apostólico Silva – *RT* 957/203-256 (DTR\2015\9539).

Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol

Criminal liability of legal entities: reflections around its "dogmatic" and on the reform of the system of the Spanish Penal Code 2010

Juan Carlos Carbonell Mateu
Catedrático de Direito Penal na Universidade de Valência.

Traduzido por Paulo César Busato
Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide (2005). Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (2004). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra – Portugal (2002). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1986). Professor adjunto de Direito Penal da Graduação, Mestrado e Doutorado da UFPR. Professor da FAE – Centro Universitário Franciscano. Catedrático convidado da UPOLI – Universidad Politécnica de Nicaragua. Professor convidado da Universidad de Buenos Aires – Argentina –, e da Universidad Pablo de Olavide – Espanha.
pbusato2013@gmail.com
Autor convidado.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo discute a necessidade político-criminal de abordar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, partindo de seus principais entraves dogmáticos: a capacidade de ação e a culpabilidade. Procura-se dar uma solução para tais problemas, que não só não abdica dos requisitos da imputação, mas se propõe a adequá-los à realidade político criminal presente. Explora-se como campo de prova a reforma do Código Penal Espanhol de 2010.

Palavras-chave: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas – Capacidade de ação – Culpabilidade.

Abstract: This article discusses the criminal-policy's necessity to push the political and criminal liability of legal persons, starting from its main dogmatic barriers: the capacity of action and culpability. An attempt to give a solution to such problems that not only given up the attribution requirements, but adapting them to political criminal reality of our days. It explores, as a kind of prove field, the Spanish Penal code reform of 2010.

Keywords: Criminal liability of legal entities – Action capacity – Guilt.

Mateu, Juan Carlos Carbonell. Traduzido por Paulo César Busato. Responsabilidade penal as pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Necessidade político-criminal de abordar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 3. Os principais inconvenientes dogmáticos. 3.1. A capacidade de ação. 3.2. A culpabilidade. 4. A solução? 5. A reforma de 2010. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O artigo 31-bis do Código Penal Espanhol de 2010 introduziu, pela primeira vez em nosso sistema, de forma indubitável, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas[1], mesmo que, como veremos, não esteja fora de dúvidas que tal responsabilidade derive diretamente da imputação do fato delitivo à sociedade.

De qualquer modo, é certo que esta redação inspirou a formulação jurídica nesta matéria em outros países, como o Brasil, o que é revelado pelo projeto de

1. Não creio que seja aceitável a afirmação, sustentada por um setor doutrinário, de que a reforma de 2010 tenha mesmo implantado no Código Penal Espanhol tal responsabilidade. Nem o artigo 129, que estabelece as denominadas "consequências acessórias", nem o 31.2, que impõe uma responsabilidade solidária exclusivamente nos delitos especiais próprios quando se atua em nome da pessoa jurídica, nem o 369.2, que impõe a mesma responsabilidade em casos de tráfico de drogas por organizações criminosas, supõem uma quebra do principio *societas delinquere non potest*. E isso não só porque supõem uma simples transferência – ou soma – de responsabilidades, mas, sobretudo, porque sua imposição exige a condenação de uma pessoa física. Em sentido contrário: GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Curso de derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*. Madrid: Colex, 2001. p. 69; ou ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Vigencia del principio societas delinquere potest en el moderno derecho penal. *In:* POZO, Hurtado; MÉNDEZ, Meini; BLASCO, Del Rosal; VALLEJO, Simons. (Org.) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas:* una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 243 e ss.; especialmente, 255. A mesma opinião manifesta o citado autor em diferentes contribuições; assim em ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas. (Consecuencias teóricas y consecuencias prácticas). *In: Poder judicial 46*. Madrid: CGPJ, 1997. p. 331 e ss.; assim como em ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposição de las penas previstas en el art. 129 del C.P. *In:* MORALES PRATS, Fermín; OLIVARES, Gonzalo Quintero. (Coords.). *El nuevo derecho penal espanhol. Estudios Penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 885 e ss. No sentido do texto, acertadamente, MUÑOZ LORENTE, José. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de Ley de 2007 de reforma del Código Penal de 1995. *La Ley Penal – Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario,* 40. Madrid: Wolters Kluwer, 2007, p. 29.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. Traduzido por Paulo César Busato. Responsabilidade penal as pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 133. ano 25. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

reforma do Código Penal em tramitação. Deste modo, dado o renovado interesse no texto espanhol de 2010, optei por oferecer ao público brasileiro minha visão em uma edição em português, de artigo publicado quando do advento daquela reforma do Código Penal Espanhol.

2. Necessidade político-criminal de abordar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Ainda que a questão diste de ser pacífica na Espanha, até porque, antes mesmo de firmar-se um ponto de vista, o tema voltou a ser alterado no Código Penal, várias são as razões que apontam a favor da adoção de uma medida de tão importante destaque. Mas uma questão, a despeito disso, pode resultar especialmente significativa: em um recente estudo, realizado pelo *Max-Planck--Institut für ausländisches und internationales Strafrecht,* sublinha-se que mais de 80% dos delitos econômicos são cometidos através das empresas[2]. Como afirma com razão Nieto Martín, a própria existência das sociedades justifica a necessidade de sua consideração como sujeitos ativos em Direito Penal. Efetivamente, uma vez que se reconheçam as sociedades como sujeitos de Direito e se lhes outorgue a correspondente capacidade para ostentar faculdades e obrigações, sua intervenção no tráfego jurídico é óbvia. Até o ponto em que hoje é absolutamente inconcebível o mundo do Direito – não só no âmbito da economia, mas em qualquer outro – sem o protagonismo absoluto das sociedades, fundações e demais pessoas jurídicas. E resulta, absolutamente óbvia, a necessidade do seu rigoroso submetimento à lei e ao Direito. É possível afirmar, por fim, que se as sociedades não estivessem submetidas ao ordenamento jurídico, este não as regeria; simplesmente, não haveria Estado de Direito.

O ordenamento jurídico deve ser entendido como um sistema completo, necessitado de um aparato sancionador que torne efetiva a submissão ao Direito. De pouco serve o reconhecimento de direitos e a imposição de deveres, se não se conta com uma forma de torná-los reais, respondendo por seu descumprimento e convertendo em efetiva sua positividade através do sistema sancionador correspondente. Todos os sujeitos que intervêm no âmbito vital regulado pelo Direito – ou seja, que intervêm nas relações sociais e no corres-

2. Vide HURTADO POZO, José; MEINI MÉNDEZ, Iván. Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano. *In:* POZO, Hurtado; MÉNDEZ, Meini; BLASCO, Del Rosal; VALLEJO, Simons. (Org.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas:* una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 79.

pondente sistema comunicativo – devem estar submetidos às consequências jurídicas que implicam os descumprimentos, ou seja, a provocação das quebras de expectativas que correspondem ao resto dos sujeitos que também operam no sistema. Expressado de forma mais simples: as relações sociais – a vida em comum – não podem funcionar se não existe uma submissão igualitária de todos às normas, se não existe a razoável expectativa de que qualquer abuso de uma posição determinada vai comportar uma reação do próprio sistema, que assegure a posição que a cada qual corresponde. E que não se vão estabelecer diferenças significativas na natureza e intensidade de tal reação em função de quem tenha produzido tal abuso.

As sociedades podem, porque assim se reconhece pelo Direito, obrigar-se, celebrar contratos, executar obras e serviços, possuir um patrimônio e negociar com ele, gerir os patrimônios alheios, e desempenhar quantas tarefas de índole pública ou privada que se possa imaginar. Nossos bens materiais, nossa saúde e nossas vidas dependem das sociedades que, segundo o velho aforisma, não podem delinquir. O que já não resulta tão claro, por certo, é se com tal aforisma se pretende afirmar que não podem cometer condutas que comportam lesões ou colocações em perigo dos interesses e direitos do resto dos sujeitos submetidos ao Direito ou, simplesmente, que o Ordenamento não pode responder a tais fatos com o Direito Penal. A primeira afirmação seria simplesmente ridícula e claramente falsa, a segunda comportaria a absoluta ineficácia do sistema jurídico para garantir os direitos e, por conseguinte, para permitir a vida em sociedade. O que pretendo dizer com isto é que a mera existência das sociedades, e seu reconhecimento jurídico, implica a necessidade de seu tratamento em regime de igualdade com o resto dos sujeitos submetidos ao Direito – também ao Direito Penal.

A tal proposta se costuma opor frequentemente a diversos argumentos. Assinalemos três. Por detrás das pessoas jurídicas há pessoas físicas que são as que em verdade atuam e das que se devem buscar a responsabilidade. No fundo, não se deve esquecer que uma das funções básicas que desempenham as sociedades – pode-se dizer, na realidade, que, ao menos em boa parte, que foram inventadas para isso – é a de limitar a responsabilidade individual das pessoas físicas. A questão é meridianamente clara no âmbito da responsabilidade patrimonial. A consideração separada dos patrimônios social e individual – se bem que por uma parte comporta a criação de possibilidades infinitamente maiores de concentração econômica e, por conseguinte, de intervenção no tráfego jurídico – supõe, por outra, a limitação de responsabilidades individuais. O que devemos discutir é a conveniência político-criminal de que tal função deva ou não estender-se à penal. Porque se admitíssemos tal consequência,

estaríamos outorgando às sociedades a qualidade de instrumentos perfeitos para delinquir, eludindo a responsabilidade penal individual. Por isso, se diz, é preciso determinar a responsabilidade penal dos indivíduos e considerar, no máximo, as pessoas jurídicas como instrumentos utilizados para delinquir: isso permitirá articular uma resposta adequada através da imposição – como consequência do delito imputado à pessoa física – de uma medida de segurança "à coisa", inutilizando o instrumento. Ou, quiçá, e tal como se articulava no artigo 129 do Código Penal Espanhol de 1995, uma "consequência acessória" de natureza incerta quando não ambígua, mas, em todo caso, aparentemente tão eficaz como uma autêntica pena.

A solução poderia ser convincente se não implicasse algum inconveniente. A isenção da responsabilidade individual que poderia comportar o simples traslado da responsabilidade penal à pessoa jurídica se evita com melhor técnica e política – prevendo a acumulação de responsabilidades: a da pessoa jurídica não deve implicar a isenção da referente à pessoa física, sem que isso suponha, em absoluto, a infração do princípio *non bis in idem*. Basta recordar que não se daria, neste caso, a necessária unidade de sujeitos, dado que, por definição, pessoas física e jurídica são independentes. Uma técnica correta de tipificação, por outro lado, deveria permitir uma consideração diferenciada da significação diversa de ambas as infrações, pelo que, tampouco estaríamos diante do mesmo fato nem, portanto, ante o mesmo fundamento punitivo.

Mas, ademais, é mister considerar as enormes dificuldades que podem apresentar-se na hora de determinar e individualizar as pessoas físicas que possam aparecer como responsáveis. Em ocasiões, quando estejamos diante delitos especiais próprios, será na pessoa jurídica, e não na física, que se dão as condições que são os requisitos ou as características exigidas para ser sujeito ativo do delito. Com isso resolveram, com melhor ou pior fortuna, as legislações penais através da fórmula do "atuar em nome de outro"; concretamente, o fez o Código Penal Espanhol, através do artigo 31.1. Mas isso não resolve quase nada. Ao menos, quase nada que tenha a ver com o problema que nos ocupa[3].

3. Alguns autores acreditaram ver na imposição de uma responsabilidade solidária à empresa, ou sociedade em nome da qual se atua, uma autêntica imputação penal que rompe o princípio *societas delinquere non potest*. O que não acertam explicar é porque se limita tal atribuição aos casos de atuar em nome de outro nos delitos especiais próprios e não no resto. Nem, fundamentalmente, porque a multa se impõe exclusivamente em caso de condenação à pessoa física e não à jurídica, cuja culpabilidade não se requer em absoluto. Vide, por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones en el derecho penal es-*

O certo é que a complexa organização das atuais empresas, especialmente quando alcançam um determinado tamanho, com a multiplicidade de sujeitos que intervém nas tomadas de decisão – e até os próprios instrumentos da dogmática tradicional, tais como a proibição de regresso –, tornam ou que seja impossível a individualização da responsabilidade, ou que esta recaia justamente nos escalões inferiores da empresa, que são os que executam materialmente as ideias perversas de origem desconhecida ou convenientemente blindada. Só através de modificar substancialmente os critérios de imputação, em claro detrimento das garantias individuais, é possível lograr – e muito parcialmente – soluções não absolutamente ineficazes.[4] Não se alcança ver quais são as vantagens a partir das quais se pode assumir um dos requisitos propostos àqueles que formularam a "solução" de trasladar a imputação à pessoa

pañol y en la reforma penal: presupuestos sustantivos y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. Na mesma linha GALÁN MUÑOZ, Alfonso. ¿Societas delinquere non potest?. Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP. *Revista de derecho penal y Criminología,* 18. Madrid: UNED, 2006, p. 229 e ss. O aludido autor justifica e considera acertada a utilização do expediente exclusivamente nos delitos especiais próprios. Ainda quando se possa compartilhar que é precisamente ali, onde com mais clareza se aprecia que o risco para o bem jurídico depende da concorrência das características típicas na fonte de perigo, e que estas são trasladadas da pessoa jurídica à física que atua em seu nome, e na que não concorrem, nada faz compartilhar, porém, a conclusão de que a responsabilidade pecuniária solidária seja uma autêntica pena. Porque para que assim fosse, a condenação penal deveria ter recaído, depois dos correspondentes trâmites processuais da imputação ou acusação, julgamento oral com a consideração de parte e condenação em sentença. E nada disso se produz. Mais ainda, por solidária que seja a responsabilidade, fica aberta a possibilidade da reclamação correspondente à pessoa física em caso de solvência.

4. Assim, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. *La Ley penal,* 40. Madrid: Wolters Kluwer, 2007, p. 05 e ss., "propõe a compreensão dos comportamentos delitivos não em chave individual, mas tendo em conta a realidade da empresa como organização e instituição", para o que "pretende-se fazer dogmaticamente frutíferas algumas contribuições da sociologia da organização e da empresa". O que ao final supõe imputar ações à pessoa física sem uma efetiva comprovação de sua autoria, através da diluição ou a extensão dos critérios tradicionais de imputação objetiva. Se já estes resultam suficientemente vagos nos casos de atuação de pessoas físicas, segundo se trate de autoria direta, mediata, coautoria, através do domínio do fato, da ação, funcional, da organização etc., pelo que a ideia de sistema resulta cada vez menos crível, o problema cresce extraordinariamente nos casos de atuação no seio das pessoas jurídicas e é, definitivamente, insatisfatório quando se interpõe a empresa como escudo ou, simplesmente, quando resulta impossível chegar a averiguar onde e por quem se toma as decisões.

física, qual seja, a de "que o delito seja objetivamente imputável ao âmbito de organização da empresa" ou, em termos mais contundentes, "que o fato seja objetivamente imputável à empresa". Agora, por arte de magia, parece ter desaparecido um dos maiores obstáculos dogmáticos para o reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, já que estas não têm capacidade de ação e nem podem, portanto, ser objetos de imputação. Certo é, também, que de tal circunstância não se tinham dado conta o resto dos ramos do Direito, distintos do penal. Mas aos problemas dogmáticos dedicarei o próximo tópico. O que agora se quer ressaltar é que a imputação exclusiva de responsabilidade à pessoa física, na maior parte das vezes, é impossível, quando não, resulta insuficiente ou inadequada.[=]

O segundo dos argumentos que se costuma utilizar contra a admissão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é o de que, ainda reconhecendo a necessidade de que estejam submetidas a um regime sancionador em consonância com seu potencial lesivo para os valores protegidos pelo Direito, o arsenal de respostas jurídicas que se alcança com o Direito Patrimonial e, sobretudo, com o Administrativo, seria suficiente. Pense-se que em nosso Direito é possível impor sanções administrativas elevadíssimas, capazes de gerar um efeito de prevenção geral mais que suficiente. Tal argumento, porém, não parece compatível. Em primeiro lugar, porque bendiz a perversão existente em nosso Direito sancionador em torno à gravidade das respostas. É o Direito Penal, com seu arsenal garantista, o que se deve ocupar das mais graves. Sendo verdade que a única norma reguladora da relação entre os Direitos sancionadores Penal e Administrativo é a ordem constitucional, que veta à Administração a imposição de qualquer sanção que implique, direta ou indiretamente, na privação de liberdade (25.1), também o é que não parece adequado ao sistema aceitar simplesmente a prevalência ou, inclusive, a exclusividade do Direito Administrativo de sancionador em todo um âmbito tão importante. Caberia, por outro lado, perguntar se semelhante critério seria seguido para pessoas físicas, posto que admitimos que o regime sancionador, a que devem submeter-se todos os sujeitos de Direito, deve ser, na medida do possível e com mínimos matizes necessários – tais como a adequação das penas –, igualitários, não resulta, pois, aceitável considerar, ao menos desde o ponto de vista político-criminal, que pessoas físicas e jurídicas devam receber uma resposta sancionadora diferente, quando admitimos sua significação jurídica igual e lhes outorgamos o mesmo papel no tráfego jurídico.

Claro está que sempre se poderá argumentar que os problemas derivam da inadmissibilidade da resposta penal para as pessoas jurídicas, porque estas não reúnem os requisitos para serem sujeitos de Direito Penal. Tal afirmação, igno-

[=] Mateu, Juan Carlos Carbonell. Traduzido por Paulo César Busato. Responsabilidade penal as pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

rada no Direito anglo-saxão, e em boa parte do continental, alcança sua maior força em sistemas – ou, melhor dizendo, em doutrinas – que, como os nossos, são tributários da doutrina alemã e, concretamente, da dogmática penal. Ainda que possamos afirmar, como fez recentemente Zugaldía, que, no caso de discrepância "pior para a dogmática"[5], resulta-se necessário nos determos em analisar quais são os principais entraves, e até que ponto são insolúveis.

3. Os principais inconvenientes dogmáticos

3.1. A capacidade de ação

Que a dogmática penal nasce e se desenvolve em torno do delito como ação levada a cabo por uma pessoa física é algo que não admite discussão. As concepções clássicas da ação – causal ou final – entendem esta como uma manifestação de vontade pessoal que produziu uma modificação na natureza que põe em marcha uma resposta jurídica. Com todos os matizes que se queira, a aplicação metodológica própria das ciências naturais e, concretamente, da Física não é capaz de ir além. Se à explicação do delito como fenômeno causal – ainda que o *neokantismo* lhe acrescentasse a valoração –, unimos o ontologismo próprio, inclusive do finalismo, ainda resultará mais difícil aceitar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas[6].

Não é este o lugar para adentrar em uma análise profunda das características do conceito de ação proposto pelas concepções mais clássicas, e na crítica das suas insuficiências[7]. Basta dizer que essas concepções não foram nunca satisfatórias, nem explicaram suficientemente a significação do conceito de ação. Nem a separação entre vontade e conteúdo da mesma, própria do causalismo, nem a confusão entre vontade e relevância, que caracteriza o finalismo – se

5. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 86, literalmente assinala que "se ainda subsiste alguma dificuldade para ajustar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas com a chamada teoria jurídica do delito, pior para esta última".

6. Por isso, em nossa doutrina, seguem sendo os autores partidários de uma concepção final os mais contrários à aceitação da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Assim, GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. *La Ley Penal – Actualidad penal*, n. 39. Madrid: Wolters Kluwer, 1993, p. 583 e ss.

7. Vide, por todos, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 103 e ss.

me é permitida a simplificação, tola identificação –, servem para considerar a capacidade das pessoas jurídicas, nem tampouco das físicas, para realizar ações no sentido que lhe devemos dar. Porque ao manter a crítica tradicional à capacidade da pessoa jurídica para cometer ações, acabaremos por chegar à conclusão de que não se podem celebrar contratos válidos, porque, ao carecer de mãos e do mecanismo físico que impulsiona o movimento de uma caneta, não podem assinar, nem, portanto, comprometer-se. É que as concepções causais – e o finalismo também o é – não explicam o sentido social das expressões, e ainda menos das ações como fenômeno comunicativo. E, então, não há forma de diferenciar as ações dos fatos, nem de explicar, convincentemente, porque o Direito deve reagir as primeiras e suportar os segundos[8].

A chamada "concepção social da ação" deu um passo importante em direção à superação do naturalismo causal, afirmando a necessidade de separar causalidade – ou, se é preferível, causação – e responsabilidade, por mais que suas propostas não fossem tampouco muito convincentes. Interessa destacar, neste momento, a origem que aí se encontra da ação como sentido. É o significado social o que deve ser destacado e o que converte os movimentos, as omissões, os comportamentos, em suma, em ações. Mas não deixam de ser movimentos ou omissões, ou seja, não deixam de ser o suporte do sentido. E, precisamente por isso, podemos seguir questionando a capacidade que tem para mover-se, ou para omitir com sentido, quem não é uma pessoa física. Mais ainda, podemos afirmar com certa contundência, que só os seres físicos se movem e que só os seres humanos o fazem com sentido e, em consequência, também podemos entender porque não o fazem em determinadas circunstâncias, e outorgar a essa ausência de movimentos o significado social e comunicativo que nos permita falar seriamente de ações, ou seja, de comportamentos submetidos a regras, que resultam interpretáveis de acordo com códigos de comportamento.

Estamos, porém, muito perto de descobrir que o relevante não é nem o movimento nem sua ausência, mas, precisamente, que esse código comunicativo que nos diz, não só possuem significado, mas, sobretudo, o que significam. Em outras palavras, o fato de que tenha um significado não converte um movimento em ação, simplesmente a ação se manifesta através do movimento, isto é, o significado se manifesta através do movimento ou de sua ausência,

8. Utilizo aqui o termo "fato" em sua acepção literal, como acontecimento objetivo ainda que possa derivar de uma intervenção humana desprovida de sentido, o que não coincide exata, nem aproximadamente, com o "fatto" na expressão de Delitala. Vide DELITALA, Giacomo. *Il "fatto" nella teoria generale del reato*. Padova: Cedam, 1930. p. 111.

que deixaram de ser ações para converter-se em meros suportes físicos – possivelmente prescindíveis – de um significado social. E esse passo foi dado pela "concepção significativa da ação", formulada por Vives: "definirei, pois, a ação, não *como sustrato conductual* suscetível de receber um sentido, mas *como sentido* que, conforme um sistema de normas, pode ser atribuído a determinados comportamentos humanos"[9]. Definitivamente, a ação é o sentido e não seu suporte ao qual, por certo, já tinha atribuído Eberhard Schmidt a condição de irrelevante[10].

Demos agora um passinho a mais, como referiu o astronauta Armstrong ao descer sobre a superfície da Lua: prescindamos do que qualificamos de irrelevante. E sejamos sérios: o único que converte uma ausência de movimentos em ação é seu sentido, a omissão não requer suporte material algum, e só um pensamento cartesiano e uns vestígios naturalistas irredutíveis nos faziam considerá-la uma "forma da ação". Agora já sabemos que isso era incorreto: a ação não era o não fazer, mas seu sentido comunicativo. Por mais que se afirme, com razão, que só pode omitir quem pode atuar, e que nos empenhemos em buscar no movimento, ou em sua ausência, a chave que nos permita imputar um sentido. E, contudo, resulta que é justamente esse sentido que importa, o que vamos considerar ação, pois a conclusão deve parecer óbvia para quem não se empenhe em manter-se na física mecânica como única fonte explicativa das relações sociais. O sentido será atribuível a tudo aquilo que, de acordo com nossa linguagem social e comunicativa, possa ser fonte de significado, ou seja, a tudo aquilo a que juridicamente decidamos outorgar de capacidade de comportamento, de decisão e de submetimento às normas. Se é preferível uma expressão mais contundente: todo sujeito de Direito que pode descumprir uma norma – que é todo aquele ao qual se pode exigir seu cumprimento – pode ser objeto de atribuição de um sentido e, por conseguinte, tem capacidade de ação. Quem pode descumprir um dever exigível é sujeito de direito. E ninguém duvida da capacidade de uma pessoa jurídica para descumprir obrigações e adquirir, com isso, responsabilidades patrimoniais, ou, inclusive, de qualquer outra índole. Ninguém pode duvidar seriamente de que seja possível atribuir um significado a um acordo emanado de uma Junta Geral de acionistas ou de um Conselho de Administração. E o relevante não é, desde logo, que exista um determinado número de dedos situados por acima de umas cabeças, ou mane-

9. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos…, cit.*, p. 205.

10. SCHMIDT, Eberhard. Soziale Handlungslehre. *Festschrift für Engisch*. Frankfurt: Klostermann 1969, p. 340 e ss.

jando determinados mecanismos eletrônicos: o relevante é que sejam adotadas decisões que afetam terceiros, e que quem as adota pode fazê-lo simplesmente porque o Direito decidiu reconhecer essa vontade como independente da das pessoas físicas que a impulsionam. É possível empenhar-se em insistir em que o suporte físico segue sendo oferecido por pessoas igualmente físicas, as quais pertencem os braços que se elevam ou os dedos que pressionam botões. Mas, mesmo com essa perspectiva, não será possível ignorar que tais movimentos físicos seriam totalmente ridículos se não manifestassem um significado que deriva, precisamente, de pertencerem os proprietários dos braços e dedos a um ente coletivo, e de estar, com isso, formando a vontade juridicamente relevante de um órgão coletivo, de uma pessoa jurídica. Mas porque é que, ademais, partimos da irrelevância do movimento físico, que se já perdeu o caráter de objeto de imputação, deve, agora, fazer o mesmo com a condição de requisito da mesma: o sentido não necessita de suporte físico. E, com isso, desaparece o último obstáculo para considerar que qualquer sujeito de Direito possa e deva ser centro de imputação, ou, em outros termos, de atribuição de deveres e de seu descumprimento. E não se alcança razão alguma que impeça de estender tais considerações ao direito sancionador – o que sabíamos desde sempre – e ao penal – ao qual excluíamos, isso sim, depois de afirmar categoricamente a igualdade qualitativa entre ambos.

Em resumo, se a ação é o significado, as pessoas jurídicas têm capacidade de ação e podem ser sujeitos ativos de delitos. E, porém, a doutrina insiste: podemos aceitar a premissa, mas com isso não desapareceram, ao que parecem, todos os obstáculos – atuam sim, mas o fazem culpavelmente?

3.2. A culpabilidade

Quem afirma que a responsabilidade das pessoas jurídicas não é mais que o traslado da responsabilidade das pessoas físicas que atuam em seu nome, não encontram, logicamente, dificuldade alguma. Será a culpabilidade da pessoa física a que fundamenta e permite o castigo da jurídica. Porém, a meu juízo ao menos, tal traslado não resulta admissível. Por um lado, dificilmente seria possível negar que nos encontraríamos ante uma responsabilidade penal por fato alheio, ou, simplesmente, ante algo diferente de uma pena genuína. De novo surgiriam alguns dos problemas que se pretende superar: estaríamos próximos a uma medida de segurança sobre uma coisa, com o que tal consequência deveria resultar inaceitável sem a determinação da pessoa física a quem se imputa o fato. Com o que nos viria abaixo toda possibilidade de tornar independente a

Mateu, Juan Carlos Carbonell. Traduzido por Paulo César Busato. Responsabilidade penal as pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

responsabilidade da pessoa física e da jurídica.[11] Ademais, é mister sublinhar a absoluta inoperatividade do traslado. Seria tornar responsável por uma culpabilidade – e por uma ação – individual a pessoa jurídica, de cuja realidade, no fundo, seguimos duvidando. Com o que tal responsabilidade seria transferida ao conjunto das pessoas físicas diferentes daquela, cuja culpabilidade afirmamos. Não é possível dizer que tal proposta seja capaz de superar um exame, nem em torno à realidade, nem à constitucionalidade e, nem sequer, sobre sua própria lógica.

Diferente e, a princípio, aparentemente mais coerente é a postura de quem traça um conceito específico de "culpabilidade de empresa". A ideia original deve ser atribuída à Tiedemann, para quem a culpabilidade de empresa deriva dos defeitos de organização da mesma, em face do controle da atividade das pessoas físicas que atuam em seu nome[12], interesse ou representação. Reconhece-se na produção um descumprimento desses deveres de controle, que impediriam a produção de comportamentos delitivos. Não é possível, aqui e agora, oferecer uma extensa descrição nem desta, nem de outras muitas posições. Basta assinalar a importância de sua repercussão. Assim, entre nós, Nieto Martín propôs então, de *lege ferenda,* a obrigação da pessoa jurídica de implementar de maneira eficaz um código de prevenção, com o fim de prevenir e descobrir a realização de delitos pelas pessoas físicas que atuam por sua conta, circunstância e que terminou, na reforma de 2015, convertendo-se em eximente da responsabilidade das pessoas jurídicas. O autor, no entanto, quando aventou tal possibilidade, limitava a "imputabilidade" das empresas àquelas que possuíssem mais de 50 empregados. Tal sistema de cumprimento viria acompanhado de um sistema de controle e sanção das infrações cometidas. A falta dele, ou de sua eficácia, fundamentariam a atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica[13]. À margem da complexidade que, para o sistema

11. Há outros muitos argumentos que desaconselham o critério denominado de "responsabilidade vicariante": fundamentalmente, a necessidade de individualizar a pessoa física que atua, e que nos devolve à questão mais acima assinalada da ação entendida como suporte físico de uma manifestação de vontade. A isso se deve acrescentar que tal identificação nos conduzirá por sua vez de forma inexorável a uma inversão da influência real da pessoa física agente e de sua influência real. Vide amplamente, NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 118 e ss.

12. TIEDEMANN, Klaus. *Wirschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. Berlin, Rowohlt, 1976.

13. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad…, cit.*, p. 322 e ss.

econômico, social e de concorrência, pudesse supor tamanha obrigação, não parece claro, uma vez que se possa afirmar a responsabilidade da pessoa jurídica sem ter declarado, processualmente, a comissão de um delito atribuível e, sobretudo, atribuído a uma pessoa física. Não alcanço, pois, as vantagens deste critério. Prova disso é que o próprio autor citado – ainda que a questão me parecesse extensível a todas as propostas de defeito de organização – transfere a responsabilidade a título de dolo ou de imprudência, reconhecendo que:

> (...) dolo e imprudência se convertem, no direito penal coletivo, em formas de falar, em simples parábolas mediante as quais, na realidade se tenta descrever algo muito mais simples: a gravidade do defeito de auto-organização.[14]

Mais adiante voltarei a propor, como amostra, a problemática da diferenciação entre dolo e imprudência[15], e, inclusive, poder resultar aceitável graduá-los em função da gravidade. Em outros termos: um descuido grosseiro, ou uma direta omissão de qualquer organização, por parte da empresa, conduzirá à admissão do dolo, sequer seja eventual. Em isso podemos concordar. Mas a proposta parece desconhecer que a gravidade do fato deve vir determinada pelo fato próprio, não pelo fato da pessoa física. E, então, a autonomia nos deve conduzir, inexoravelmente, a prescindir da qualificação do fato realmente cometido. Em outras palavras: o defeito de organização não fundamenta o castigo do fato cometido em nome, ou por conta, da pessoa jurídica, pela física. Constitui ele próprio o único objeto da reprovação jurídica. Desta forma o delito cometido e atribuível à pessoa jurídica será sempre o de não se ter organizado, e jamais o estelionato, o delito fiscal ou a destruição do ambiente. Salvo que admitamos que atribuímos um fato injusto porque se cometeu outro[16], o que seria igualmente um absurdo. Em outras palavras, é possível aceitar

14. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad…, cit.*, p. 160.

15. As dificuldades da prova e, ainda, da própria afirmação do dolo foram postas em destaque por VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexamen del dolo. *In:* CONDE, Muñoz. (Dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 369 e ss.

16. No mesmo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El nuevo artículo 31.2 del Código penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda. *In*: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Org.). *Modelos de autoresponsabilidad penal. Modelos contemporáneos*. Pamplona: Aranzadi, 2006. p. 239 e ss. O mesmo autor mantém a opinião em diversas obras, como, por exemplo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial (Hacia una verdadera responsabilidad penal de las

que o defeito de organização seja o elemento que permita atribuir à empresa a comissão de um fato delitivo que não se produziria: o fato de mediar o devido controle. Mas isso não pode constituir o objeto da imputação; este não é, e nem pode ser, outro do que o fato delitivo próprio.

O defeito de organização, por outro lado, pode não ser tal. Normalmente, nos encontraremos ante todo o contrário: uma estrutura perfeitamente organizada para a obtenção de benefícios através da comissão de fatos delitivos. E se o dolo é algo, é precisamente isso. Quando muito, se pode pensar que a falta de controle seja assimilável como *culpa in vigilando*. Pretende-se, quiçá, uma estrutura similar a uma *actio libera in causa*? A pessoa jurídica atua dolosamente ao não organizar-se, provocando uma situação tal que, ainda que quisesse, não lhe permitiria impedir os delitos cometidos em seu seio. São demasiadas e muito complexas as imagens transferidas, desde a teoria jurídica do delito das pessoas físicas à das jurídicas. E demasiados passos em falso[17].

Analisemos, muito rapidamente, algumas outras propostas:

Resulta curiosa a posição de Jakobs, para quem não deveria, a princípio, existir obstáculo algum, pois não haveria diferenças conceituais sérias entre a ação e a culpabilidade atribuídas às pessoas físicas ou jurídicas. "As atuações dos órgãos em face de seus estatutos se convertem em ações próprias da pessoa jurídica"[18]. E as que se desenvolvem fora do âmbito estatutário, ou quando as condições internas da ação podem ser consideradas indisponíveis, devem ser

---

personas jurídicas). *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología,* 08-05. Granada, 2006; e, sobretudo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa.* Madrid: Marcial Pons – Ediciones jurídicas y Sociales, 2005.

17. Em sentido similar, propôs Heine resolver a questão afirmando que "devem determinar-se, de modo funcional-coletivo, o dolo, a culpa e a consciência da ilicitude da empresa". Mas, uma empresa pode ter dolo? Os elementos subjetivos no direito penal individual já não se estabelecem como um conhecimento real do autor, mas que se fixa de acordo com critérios sociais. "A imputação correspondente às empresas é mais real, a condição que se possa imputar, igualmente, à empresa autora, em seu conjunto o conhecimento, possuído por suas seções legal e de segurança". HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empreas: evolución y consecuencias nacionales. *In:* POZO, Hurtado; BLASCO, Del Rosal; VALLEJO, Simons. (Dir.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Una perspectiva comparada.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 70. Mas justo esse é um problema sobre o qual voltaremos.

18. JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Trad. Cuello Contreras e Serrano Gómez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 183.

escusadas. "Tanto para a ação como para a culpabilidade são idênticas as formas dogmáticas (e não só os nomes) na pessoa física e na pessoa jurídica"[19]. Porém, mais adiante, negará a capacidade criminal das pessoas jurídicas, posto que, segundo ele, não tem capacidade de serem cidadãos "fiéis ao direito", nem, por conseguinte e inversamente, podem desautorizar as normas – a não ser autoconscientes –, nem ter competência comunicativa[20].

De modo absolutamente oposto, um de seus discípulos – o, concretamente entre nós, Gómez-Jara –, não apenas defendeu a responsabilidade das pessoas jurídicas, mas, ademais, o fez desde a teoria dos sistemas e depois de desmontar, de maneira muito convincente, a maioria dos argumentos utilizados tradicionalmente contrários[21]. Abandonando critérios naturalísticos, e nisso podemos coincidir, a ação e o agente são substituídos pela comunicação e a pessoa, como "constructo", isto é, como fruto de una construção normativa que lhe reconhece ou, mais propriamente, outorga-lhe capacidade de comunicação. Em outros termos: pessoa com capacidade de ação é todo aquele ao qual o Direito reconhece tal capacidade. E, certamente, que as pessoas jurídicas gozam desse reconhecimento que, no âmbito jurídico geral, oferece poucas dúvidas. Provavelmente tenha razão Nieto Martín em sua crítica, não tanto à afirmação quanto à construção metodológica de Gómez-Jara, ao questionar "se para chegar a este ponto resulta necessário operar uma mudança de paradigma e situar o discurso penal no terreno de uma teoria social extraordinariamente complicada e obscura, como é a dos sistemas"[22], ainda que tal crítica não deva ter como destinatário o trabalho concreto ao qual nos referimos, mas toda a direção da qual procede. Mas o ponto de partida parece, no fundo, impecável.

Mais discutíveis parecem os passos seguintes, especialmente a pretendida limitação ao legislador para atribuir tais características só a quem possua autoconsciência, ou capacidade de decisão voluntária que permita construir

19. *Ibidem*, p. 184

20. JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? – La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. *La Ley,* n. 17. Madrid: Wolters Kluwer, 2006, p. 82. Vide ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas*, *cit.*, p. 131 e 153.

21. Não é possível reproduzi-los aqui. Vide GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal, cit.*, especialmente p. 208 e ss.

22. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad...*, *cit.*, p. 103. Em que pese a crítica, afirma Nieto que a construção de Gómez-Jara constitui "o esforço doutrinário mais sério existente na doutrina espanhola e, provavelmente, europeia, de explicar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas".

uma reprovação ética. Trata-se, e parece que é assim, de permitir uma culpabilidade ética, baseada na ética empresarial, tão a gosto dos estadunidenses, que estamos nos introduzindo em um terreno que seria, hoje em dia, dificilmente aceitável no campo da responsabilidade penal das pessoas físicas. E o que resulta rechaçável nesse âmbito – onde, ao menos, tem tradição –, mal pode fundamentar uma culpabilidade de empresa. A construção teórica, isso sim, é útil para determinar a responsabilidade só a partir de certo nível de tamanho, abaixo do qual estaríamos ante uma espécie de inimputabilidade funcional. Só as sociedades com uma determinada estrutura e, sobretudo, tamanho, teriam "imputabilidade" ou, se é preferível, "capacidade de culpabilidade".

A estrutura e o tamanho, por sua vez, permitem e, por conseguinte, obrigam a empresa ao estabelecimento de um controle da atividade submetido ao Direito[23]. À margem da confusão entre ética e Direito, é possível trasladar as críticas, que mais acima formulamos, ao critério dos "defeitos de organização" como fundamento da chamada culpabilidade de empresa – se bem que aqui estaríamos ante uma formulação mais atinada que, ao menos, distinguiria entre conduta dolosa e imprudente sobre a base da vontade, ou não, de romper o direito (ou quiçá a ética).

Poderíamos continuar analisando propostas de formulações da culpabilidade específica das pessoas jurídicas.[24] Os limites exigidos à extensão deste trabalho tornam inconveniente tal pretensão. Basta assinalar que, ao menos em minha opinião, os intentos de formular uma concepção dual – não do conceito de culpabilidade, mas da teoria do delito aplicável a pessoas físicas e jurídicas–, que vá além da introdução dos matizes necessários, resultam pouco adequados.

---

23. GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad...*, *cit.*, p. 248 e ss. Vide una exposição mais ampla que a aqui contida em NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad...*, *cit.*, p. 101 e ss. Porém, creio que é possível duvidar muito seriamente de que o tamanho seja um fator com a importância que se lhe outorga: basta pensar no potencial delitivo que pode representar uma adequada organização informática dirigida por poucos, mas experientes especialistas com capacidade para interferir em sistemas dos quais depende uma multidão de interesses e até o funcionamento de múltiplos mecanismos de segurança.

24. Obviamente há muitíssimas. É possível ver uma exposição ampla, por todos, em ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal*, *cit.*, p. 116 e ss., e 151 e ss.; e NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad...*, *cit.*, p. 91 e ss., onde se destacam, além da de Gómez-Jara, as propostas de Frisse/Breithwaith, e as de Heine e Lampe.

4. A solução?

Chegando a este ponto, é necessário pensar se é possível manter um conceito unitário ou, ao menos, próximo para ambas classes de pessoa ou, se é preferível, de sujeitos de direito. Mais acima, chegamos a uma conclusão positiva a respeito da ação, seguindo a proposta de Vives Antón em torno à concepção significativa[25]. Continuemos, agora, pelo mesmo caminho.

A ação é o significado, e sua característica – a que a distingue dos fatos – é seu submetimento às regras:

> (...) a determinação de se estamos ou não ante uma ação tem lugar em termos de regras, isto é, em termos normativos. É o seguimento de regras (e não um inapreensível acontecimento mental) o que permite falar de ações, ao dar lugar àquilo que as constitui como tais (o significado) e as diferencia dos simples fatos.[26]

Os fatos não podem ser relevantes para o Direito Penal. A pretensão de relevância só pode ser apontada nas ações assim entendidas. E como vimos mais acima, isso é enormemente facilitado se abandonamos o que poderíamos chamar "o lastro do suporte físico" e a dualidade cartesiana mente-corpo, que caracterizou as diferentes concepções em torno da ação e, na qual, seguem descansando os opositores – e também os defensores – da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, quando os primeiros a negam, e quando os segundos inventam estruturas culpabilísticas artificiais. Há ação nas pessoas jurídicas porque estas são sujeitos de direito reconhecidos como tais, suas tomadas de decisão estão submetidas a regras e podemos, portanto, dizer que significam que têm sentido ou, mais propriamente, que constituem um significado.

O problema agora parece que é a culpabilidade. Esta é concebida por Vives como uma "reprovação que recai sobre o autor"[27], trata-se do que ele denomina "pretensão de reprovação", como terceiro momento das pretensões de validade da norma penal, depois – se é que podemos dizer "depois" e não "junto" – as de relevância (porque o que não significa, não é relevante) e de ilicitude (porque deve haver uma quebra do imperativo geral, do comando incorporado

25. Vide supra.
26. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, *cit.*, p. 197. Pode-se ver um importante estudo em RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
27. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, *cit.*, p. 486.

a toda norma válida). "A reprovação jurídica diz ao autor que realizou a ação ilícita em que pese que lhe era juridicamente exigível atuar de outro modo"[28]. Pode-se dizer que o significado é reprovável – imputável? – na medida em que foi evitável e se exigia evitá-lo. As regras as quais se submeteu a conduta – e que foram violadas em termos objetivos, gerais – serão reprováveis justamente *se* e *enquanto* tais regras eram exigíveis ao autor. Por isso, e para evitar confusões, ainda reconhecendo, como não pode ser de outra maneira, que estamos ante uma reprovação – porque a comprovação de que alguém descumpriu o que devia, não pode ser outra coisa além de uma reprovação –, prefiro me referir à "pretensão de obrigatoriedade pessoal" para identificar este momento de validade da norma. Não há reprovação se a regra que se descumpriu, se a norma que continha uma obrigação geral, um dever objetivo, não exigia do autor concreto que a cumprisse, não continha, pois, uma obrigatoriedade pessoal derivada, em minha opinião, das exigências constitucionais de igualdade que não permitem dispensar a todos um tratamento idêntico, mas que, pelo contrário, impõem ajustar obrigação e capacidade. Só a quem tem capacidade – competência – é possível exigir e, por conseguinte, reprovar algo. Só ao imputável se pode imputar[29].

A concreção da obrigatoriedade pessoal – e, portanto, do grau de exigibilidade – depende, pois, da capacidade do autor, de quem, não o esqueçamos, atuou, ou seja, fez algo de acordo com regras e cumpriu – ou, neste caso, descumpriu – uma norma geral, ou seja, destinada a todos. Só se o cumprimento era obrigatório, pessoalmente caberá reprovação, conceito este que tem a ver, como nos recorda Vives, com a dignidade. "A reprovação – não a pena – restitui ao delinquente sua dignidade de ser racional porque se dirige a ele como pessoa e lhe trata como sujeito, não como objeto"[30].

E, é aqui, onde se pode encontrar, com a dificuldade mais séria para admitir, que aquilo que se foi afirmado seja aplicável às pessoas jurídicas. A vinculação da obrigatoriedade pessoal, do grau de exigibilidade e da reprovação à dignidade, choca com um pequeno inconveniente: as pessoas jurídicas carecem de dignidade. Por isso, é justamente aqui onde será necessário introduzir a ansiada matização: as pessoas jurídicas têm reconhecido seu estatuto de sujeitos de

28. *Ibidem*, p. 486 e 487.

29. *Ibidem*, p. 487. Sobre exigibilidade e princípio de igualdade, ver amplamente MARTÍNEZ GARAY, Lucia. *La imputabilidad penal, concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 390 e ss.

30. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, *cit.*, p. 487.

direito, têm direitos subjetivos e deveres, geram responsabilidade, e tal responsabilidade só pode ser afirmada com a correspondente reprovação jurídica, isto é, com a também correspondente comprovação da existência da obrigatoriedade pessoal, derivada de sua capacidade, de sua competência. É verdade que só como imagem podemos falar de "dignidade" da empresa, fundação ou sociedade. Mas também o é que as normas se dirigem a todos, mas só obrigam a quem possa cumpri-las. E a característica de participante das regras comporta, desde o princípio de igualdade, essa adaptação de exigibilidade e competência. Também existem situações de estado de necessidade exculpante empresarial, e até, ainda que resulte mais complexa a adaptação, de medo insuperável. Pode haver um fato objetivamente injusto, mas cuja evitação resulta inexigível: o "levantamento" do dever de assumir determinadas obrigações empresariais, em casos de risco de crise, parece um exemplo perfeitamente assimilável e, desde logo, de mais fácil compreensão e maior atualidade que o da necessidade do náufrago de arrebatar a tábua de Carneades ao colega de sofrimentos.

A isso podemos acrescentar que as próprias características de sujeito de direito, que se reconhece nas pessoas jurídicas, podem conferir diferenças importantes, precisamente derivadas de sua capacidade e competência, de sua imputabilidade. Assim, a celebração de determinados contratos, a assunção, portanto, de determinadas obrigações, fica reservada às empresas que têm competência para isso. E isso sucede tanto no âmbito público – pense, por exemplo, nas qualificações e requisitos que são impostos a uma empresa construtora para ser admitida em uma licitação –, como no privado – onde também podem haver insuficiências que inabilitem a empresa a contratar e, por conseguinte, a adquirir obrigações. Tudo isso tem a ver com a imputabilidade. Assumidas e reconhecidas as obrigações, bastará comprovar que estas subsistem no momento de seu descumprimento, isto é, que seguem sendo exigíveis dela, porque não se produziu nenhuma alteração imprevista e subsequente que a tenha convertido em impossível ou, ao menos, inexigível pessoalmente – "empresarialmente" – à obrigação adquirida.

Se o até aqui defendido é aceitável, não só terão desaparecido os obstáculos dogmáticos que se opunham à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas esta deverá fundamentar-se de maneira idêntica – ou, ao menos, muito semelhante – à das pessoas físicas. A tutela de bens e interesses com relevância constitucional, e a possibilidade de imputar penalmente os descumprimentos mais graves das normas que a procuram adequar às pretensões de relevância e ilicitude por um lado, e de obrigatoriedade pessoal (ou reprovação jurídica) por outro. O que se imputa não é outra coisa além da conduta ilícita – isto é, a lesão típica do interesse, o significado típico – e na medida em que era exigível

Mateu, Juan Carlos Carbonell. Traduzido por Paulo César Busato. Responsabilidade penal as pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

pessoalmente. Que isso implique ou não em uma carência ou defeito de organização empresarial, terá que ser comprovado caso a caso, porque é possível cometer condutas, ou seja, significados típicos, com uma perfeita organização. E é possível cometer com ou sem dolo. Entendido isto, de acordo com a concepção significativa da ação, como um "compromisso com a vulneração do bem jurídico"[31].

De forma extremamente simples, falaremos de ação dolosa, onde nos encontramos com um significado típico que denote em seu autor um compromisso, uma atitude, de vulneração do interesse tutelado, de quebra da norma. Se faltar isso, o que terá que ser comprovado é, por uma parte, que se subsiste a relevância (porque a modalidade imprudente é típica) e, por outra, se a evitação da quebra do interesse era exigível pessoalmente através do cuidado devido.[32] E assim imputaremos a título de dolo ou, se for o caso, de imprudên-

31. Vide: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, *cit.*, p. 233 e ss. "Entendendo o 'elemento volitivo' do dolo não naturalisticamente como um processo psicológico, mas normativamente, como um compromisso de atuar, esclarece-se seu conceito e começam a cobrar um sentido não paradoxal aos critérios que usamos para identificá-lo" (VIVES ANTÓN, Tomás Salvado. *Fundamentos..., cit.*, p. 238). "A distinção entre dolo eventual e culpa reside, em última instância, em uma valoração, que situa os casos difíceis em uma ou outra categoria, conforme uma prática que deve atender a suas características públicas". (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos..., cit.*, p. 241). A reserva do "reexame do dolo" que o próprio Vives realizou posteriormente, tal como acolhe a seguinte nota, ver uma ampla e esclarecedora exposição em MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El concepto "significativo" de dolo: un concepto volitivo normativo. *In:* CONDE, Muñoz. (Dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 323 e ss.

32. Sobre como se afirma o compromisso e a atitude, e sobre se tem sentido falar de dolo e se, ademais, isso é possível, vide VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexamen del dolo, *cit.*, p. 369 e ss. O trabalho analisa o aspecto cognoscitivo do dolo e promete um tratamento posterior do chamado elemento volitivo ou intencional. Posterguemos, pois, a esse momento, a obtenção de conclusões em torno e, se é possível, em que medida e para que serve afirmar o dolo. Basta, de momento, recordar que quando a norma o exige é um requisito típico. E de alguma maneira haverá, pois, que declará-lo. Faremos isso, de momento, quando o sentido que constitui a conduta do autor denote seu compromisso contra o bem jurídico, isto é, quando convenhamos que sua conduta resultar útil para sua vulneração, ou quando a vulneração do bem resultar, por sua vez, útil às conveniências denotadas pela conduta. Vide. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. Dolus in re ipsa. *In:* MATEU, Carbonell; CUSSAC, González; BERENGUER, Orts. (Dir.); ARNAU, Cuerda. (Coord.). *Constitución, derechos fundamentales*

cia. Tal conduta, tal atitude e tal compromisso podem ser levados a cabo por qualquer sujeito que atue, isto é, que se comporte de acordo com as regras. E resulta acessório que isso obedeça a uma vontade individual, ou à de um órgão coletivo, cuja "vontade" se forma, ainda de maneira mais evidente, com submetimento às regras. Em outros termos, a comprovação de se estamos ou não ante uma ação, e a de se era ou não pessoalmente exigível uma contrária, não depende do caráter físico ou jurídico do sujeito de direito, do submetido ao dever.

Pelo que a ação e culpabilidade – para empregar os termos mais clássicos – não representam – de acordo, ao menos, com a concepção significativa da ação – nem um mínimo inconveniente para afirmar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Esta se estabelecerá a partir da – e como consequência necessária – atribuição a elas do caráter de sujeitos de direito. Seria não só disfuncional e profundamente injusto, mas, ademais, destrutivo de qualquer sistema, permitir a concorrência das pessoas sociais no tráfego jurídico sem estarem submetidas às mesmas consequências que as físicas, entre outras razões porque poderiam estar competindo em um regime de óbvia desigualdade. E o seria igualmente desigual traçar um caminho diferente – penal para uns, e administrativo ou civil para outras – como resposta às infrações. Escudar-se na incapacidade de ação ou de culpabilidade deveria conduzir, se mantivéssemos a coerência, a expulsar qualquer tipo de resposta sancionadora.

A concepção significativa da ação, formulada por Vives Antón, permite-nos, creio que coerentemente, dotar de roupagem teórica e dogmática uma necessidade político criminal. A liberação do "lastro do suporte físico" no conceito de ação e, por fim, de culpabilidade simplifica, por outro lado, tal construção, e não só permite superar os obstáculos tradicionais à atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, mas inclusive converte esta em lógica, coerente e inevitável. E isso sem necessidade alguma de recorrer às construções duais de nenhum tipo.

---

y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversariodel profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 817 e ss. Sobre a origem, etimologia e desenvolvimento inicial do conceito de dolo, vide, na mesma obra, p. 791 e ss.; GÓMEZ ROYO, Elena. Reflexiones sobre el dolo en Grecia y Roma. *In:* MATEU, Carbonell; CUSSAC, González; BERENGUER, Orts. (Dir.); ARNAU, Cuerda. (Coord.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

5. A reforma de 2010

O art. 31-bis do Código Penal Espanhol de 2010[33], preceito principal da regulamentação da matéria, tal como inicialmente se fez na Espanha, pareceu apostar por um modelo de responsabilidade direta, daí que em repetidas passagens, afirme, sem matizes, "as pessoas jurídicas serão penalmente responsáveis", e seu § 2º exigisse tal responsabilidade "ainda que a concreta pessoa física

33. "Art. 31-bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.
"En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.
"2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.
"3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.
"4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
"a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
"b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
"c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
"d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica."

responsável não tenha sido individualizada ou não tenha sido possível dirigir o procedimento contra ela". Isto implicou importantes transformações a respeito do Código Penal anterior, porquanto se introduziu um sistema completamente novo de imputação e de responsabilidade. Não obstante, é preciso matizar que seguia existindo uma ação cometida por uma pessoa física como referência. Como se comentará mais adiante, só pela via falsa do traslado de uma responsabilidade, ademais presumido, mantém-se a imputação quando não se determinou o concreto autor do fato, ou quando este carece de responsabilidade penal. Percebe-se faltar a atribuição de uma responsabilidade por fato próprio da pessoa jurídica, isto é, quando são produzidos fatos constitutivos de delito que sejam consequência de acordos adotados por seus órgãos sociais aos que, legal ou estatutariamente, corresponda a adoção de decisões executivas.

O pressuposto conceitual para que seja possível decretar tal sorte de responsabilidade punitiva das pessoas jurídicas articulava-se sobre duas hipóteses do art. 31-bis, 1º:

a) a prévia comissão do delito, perpetrado por conta ou em proveito da sociedade por parte de pessoa física, que ostente um poder de direção, cimentado na atribuição de sua representação ou em sua autoridade, conectada esta última à ideia de poder ao adotar decisões em seu nome ou para controlar o funcionamento da sociedade;

b) as pessoas jurídicas também serão responsáveis dos delitos protagonizados por pessoas físicas no exercício de atividades sociais, que se verifiquem por conta e em proveito daquelas. Refere-se este segundo caso (art. 31 bis, 1º, segunda alínea) à atuação de pessoas físicas submetidas à autoridade de quem ostenta poder de direção, seja em termos de representação ou em termos de poder societário, e que tenham podido realizar o fato delitivo por não se ter exercido sobre eles o devido controle.

Como se observará, subjaz nesta segunda hipótese um certo aroma fundamentador da responsabilidade nos conceitos de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, que foram cunhadas para a responsabilidade civil extracontratual no art. 1.902 do Código Civil, o que, ainda que possa ser apreciado em algum caso de dolo eventual, parece muito mais próximo à imprudência. E, dado que o sistema de *numerus clausus* rege tanto para a responsabilidade das pessoas jurídicas quanto para a imprudência, sem que as intersecções entre ambas sejam frequentes, ou há uma clara vulneração do princípio de culpabilidade, ou a "responsabilidade por culpa" das pessoas jurídicas seria inviável na maioria das ocasiões.[34]

34. As reflexões sobre o texto legal que se realizará neste trabalho versarão exclusivamente sobre o contraste das opções escolhidas por nosso legislador com as defendidas nas páginas anteriores. Para uma valoração mais extensa, vide CARBONELL MATEU,

Por mais que, como veremos mais adiante, seja possível chegar à atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica pelos acordos dos órgãos diretivos colegiados, não estaria demais uma previsão em tal sentido. Esse é um caso de imputação diferente do defeito de organização. E encaixa muito melhor com o dolo como requisito típico da maioria das figuras nas quais se prevê a responsabilidade das pessoas jurídicas. Uma fórmula adequada teria sido a de declarar que as pessoas jurídicas (sociedades, fundações, empresas) serão penalmente responsáveis dos fatos constitutivos de delito, que sejam consequência de acordos adotados por seus órgãos sociais, aos quais, legal ou estatutariamente, corresponda a adoção de decisões executivas. Para chegar a entender que tais fatos são típicos, será necessário interpretar que os órgãos colegiados são representantes legais ou administradores de fato ou de direito, e que a execução dos acordos por eles adotados são de responsabilidade suas, e não do instrumento (?) que os torna efetivos. Não se pode, porém, escapar de um obstáculo formal para esta interpretação: o § 2º do mesmo preceito alude a quem está "submetido à autoridade das pessoas físicas mencionadas no parágrafo anterior" para referir-se precisamente aos representantes legais e administradores de fato ou de direito. O devido controle sobre os empregados parece, pois, atribuído de maneira exclusiva às pessoas físicas sem que exista, desde logo, motivo lógico, nem funcional algum, para tal limitação. E, além disso, é mister ressaltar que a autoria mediata não é uma instituição que admita interpretações extensivas incompatíveis com os princípios de legalidade e de pessoalidade da pena. Tampouco é possível passar por alto a proibição de regresso como fórmula de interposição na imputação de um fato. Se a tudo isso unimos os sérios problemas existentes para concretizar a individualização física das tomadas de decisão no momento de formar e expressar a vontade de um órgão colegiado, se destaca ainda mais as insuficiências e inadequação das fórmulas acolhidas em vários pontos do § 1º do artigo 31-bis[35].

Esses inconvenientes, ou ao menos parte deles, tentou-se resolver, com melhor ou pior fortuna, no n. 2 do artigo 31-bis, no qual se elude a necessidade de que a pessoa física seja determinada, ou de que se possa dirigir o procedimento contra ela, basta que ostente os cargos ou funções aludidos no parágrafo anterior e que se constate a comissão de um delito que necessariamente tenha

---

Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In:* GARCÍA, Álvareze; CUSSAC, González. (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 55 e ss.

35. *Ibidem*, p. 71.

sido cometido por eles. Que o legislador seguia pensando em uma pessoa física parece tão óbvio como que poderia dar-se – mas, ainda, ocorrerá habitualmente – o caso de que estejamos diante acordos adotados por órgãos colegiados. Como eles são os genuínos administradores (quem o é em maior medida que o conselho de administração?), o preceito parece perfeitamente aplicável: a responsabilidade poderá ser atribuída à pessoa jurídica ainda quando não seja determinável – e, sobretudo, não o seja penalmente – às pessoas físicas que contribuíram para a formação da vontade colegiada. Será possível contra-argumentar que tais dificuldades não existem, já que a tal formação só contribuiu ilegalmente quem formulou seu voto no sentido antijurídico. Mas tal afirmação não é aceitável sem desconhecer os mecanismos reais de funcionamento de numerosos órgãos colegiados, nem as práticas habituais de quem realmente toma as decisões, basta pensar que os diretores que ocupam os postos de maior responsabilidade ou, de maior poder, emitem seu voto quando já se formou uma maioria suficiente no sentido por eles propiciado, o que lhes permitirá abster-se, luzindo, ademais, com isso, uma postura de neutralidade que adorna o bom proceder do *primus inter partes*.[36]

Resulta ao menos curiosa a previsão de "modular" as quantidades da pena de multa que seja imposta "como consequência dos mesmos fatos" às pessoas física e jurídica. É verdade que haverá casos em que se produza uma confusão patrimonial entre ambas que possa dar lugar a uma soma "desproporcional com a gravidade dos fatos". Isso só sucederá quando a pessoa jurídica seja uma mera fachada das atividades da física. O legislador, no fundo, parece preso na ideia de que se está castigando duas vezes ao mesmo sujeito pelos mesmos fatos. Mas se, efetivamente, estivéssemos ante um *bis in idem*, é óbvio que a previsão de modulação da quantidade da multa seria, a todas as luzes, insuficiente para evitar os problemas de constitucionalidade que se teriam apresentado. Pelo contrário, é preciso recordar que não existe unidade nem de sujeito, nem de fundamento, nem, provavelmente, sequer de fato. Se a pessoa jurídica é realmente algo diferente das físicas que a compõem, de tal maneira que estamos diante de sujeitos de direito distintos, não se entende a conveniência de modulação alguma, nem se aprecia quebra nenhuma da proporcionalidade, como não existe no regime de coautoria.

Outros aspectos da regulamentação escapam do objeto deste trabalho, em que se quis resgatar ao público brasileiro o que foi a reforma que implantou a responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Direito Penal Espanhol, e

36. *Ibidem*, p. 74.

que se aproxima de acontecer no Brasil. Limitar-me-ei a destacar o regime de circunstâncias atenuantes independentes das que pudessem corresponder às pessoas físicas, a dupla via mais formal que real e, desde logo, desnecessária – se não perturbadora – do regime aplicável às pessoas jurídicas (art. 31-bis e equiparados) e às empresas, organizações, grupos ou qualquer outra classe de entidades ou agrupações de pessoas, carentes de pessoalidade jurídica (art. 129), assim como à exclusão lógica do Estado da consideração de sujeito ativo de delitos.

A respeito desta última questão, a exclusão do Estado do sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas resulta inteiramente razoável, na medida em que não é imaginável que o Estado cometa delitos contra si mesmo, e ainda menos que se autoaplique pena de classe alguma. A referência às Administrações Públicas territoriais e institucionais deveria resultar supérflua porquanto faz parte do Estado. Muitíssimo mais discutível resulta a isenção do regime de responsabilidade de agências, entidades públicas empresariais, partidos políticos e sindicatos. Sem entrar em análise de sua discutível natureza jurídico-pública em todo caso – especialmente polêmica nas sociedades mercantis estatais que atuam no âmbito econômico –, o Código exclui sua responsabilidade penal. Resulta, até certo ponto paradoxal, que tal decisão político-criminal conviva com a vigência da Lei de Partidos políticos, onde se prevê autênticas penas – com independência de matizes nominalistas de escassa significação real – e que, de certo modo, foi precursora direta da introdução em nosso ordenamento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. O último parágrafo (5º) do art. 31-bis gera certa perplexidade: para começar, não fica claro sobre quem ou o que recairá a eventual declaração de responsabilidade penal, se sobre a "forma jurídica" ou sobre quem a criou, nem se tal responsabilidade se produz pela ficção ou pelos fatos cometidos a seu amparo. Entendemos que, nestes casos, trata-se de uma exceção à exclusão de responsabilidade do ente coletivo.

Definitivamente, a Reforma pareceu adotar um caminho intermediário entre a responsabilidade direta das pessoas jurídicas por fato próprio – que é o modelo defendido neste trabalho –, e o do traslado de responsabilidade derivada do fato cometido por pessoas físicas, como consequência do "defeito de organização" – modelo defendido pela doutrina majoritária e acolhido em distintos ordenamentos de outros países, e, mais tarde, na reforma de 2015, na própria legislação espanhola – não se refere expressamente a ninguém desses modelos, como temos visto. A atribuição à pessoa jurídica se realiza com independência do que se identifique à física, e é possível imputar àquela os acordos adotados por seus órgãos. Só forçando a letra da lei podemos entender que também os órgãos coletivos da sociedade estão incluídos no § 1º, I,

do artigo 31-bis, em que pese o segundo e se refira de maneira expressa "às pessoas físicas mencionadas no parágrafo anterior". E, ademais, atribui-se às pessoas jurídicas a responsabilidade pelos fatos cometidos por conta e em proveito das mesmas por pessoas físicas, "por não ter sido exercido" sobre elas "o devido controle". Aos problemas que isto comporta, desde o princípio do fato e desde a pessoalidade da pena, que já me referi mais acima.

E algo se deve acrescentar. A maioria das legislações, especialmente as europeias, está introduzindo a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Ou, ao menos, isso afirma. Mas o faz utilizando a fórmula de transferência da responsabilidade pelo fato cometido – ainda que não esteja declarado processualmente – por uma pessoa física, e em virtude do "defeito de organização", ou da ausência do exercício do devido controle. A dificuldade consiste, naturalmente, em imputar o fato cometido, e não a omissão organizativa. Há uma confusão entre aquilo que permite fundamentar um castigo – e por isso a doutrina o propõe em sede de culpabilidade – e o objeto de imputação, que resulta ser o fato típico cometido. Estamos ante uma concepção da pessoa jurídica como um âmbito espacial, um "campo de jogo" que propicia a comissão de delitos. E se esquece de que a pessoa jurídica é, antes de tudo, um sujeito de direitos com capacidade de ação própria, ao menos se os argumentos aqui defendidos são corretos. E, portanto, sua responsabilidade deveria ser estabelecida como tal sujeito que atua, que decide. Mal se entende que possa ser responsável por omitir controles internos e não por omitir declarações fiscais, ou, inclusive, controles ambientais, quando não por adotar acordos de execução positiva, tais como derrubar um monumento de interesse cultural. A reforma, operada em 2010 em nosso país (ou mesmo a de 2015), não superou, em minha opinião, as críticas que merece a maior parte do direito comparado. Salvo que demos por boa a interpretação de que seus órgãos e administradores de fato ou de direito podem ser coletivos, e quando atuam em nome da pessoa jurídica geram responsabilidade. Desde logo, para chegar a tal conclusão – que, insisto, tem numerosas dificuldades –, teria resultado muito mais adequado prever diretamente a responsabilidade:

> (...) pelos fatos castigados como delito derivados das tomadas de decisão dos órgãos sociais aos quais, de acordo com a lei ou os estatutos, corresponda a adoção de acordos executivos; assim como das dos administradores de fato ou de direito.

Ao menos, a alínea dois do art. 31-bis, 1, não deveria aludir às "pessoas físicas mencionadas no parágrafo anterior".

Mateu, Juan Carlos Carbonell. Traduzido por Paulo César Busato. Responsabilidade penal as pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

Por último, e com independência da valoração que mereça a Reforma de 2010 neste aspecto, é mister sublinhar que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não poderá ser declarada sem a correspondente regulamentação processual. E a vigente redação da Lei de Ajuizamento Criminal resulta-se patentemente insuficiente. É preciso advertir, porém, que em outros países onde se vem regulando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, tampouco se introduziu a previsão processual, sendo necessário recorrer à analogia a respeito da regulamentação civil ou aos princípios gerais do processo penal. É o caso, por exemplo, de Portugal e Brasil (Lei 9.605/98). Os problemas que surgiram são numerosíssimos, desde a transferência dos direitos do imputado, ou acusado, até a própria competência jurisdicional, passando pelo puro mecanismo procedimental, ou o conflito de interesses entre a pessoa jurídica e seus representantes legais, ou administradores de fato ou de direito. Por tudo isso, teria sido de desejar a inclusão de uma disposição transitória que, ao mesmo tempo em que determinasse imperativamente a elaboração das previsões processuais correspondentes, suspendesse a entrada em vigor dos preceitos relativos à responsabilidade criminal das pessoas jurídicas até sua aprovação. A previsão do ajustamento da entrada em vigor deveria ser realizada através de uma Lei Orgânica complementar da Reforma, aproveitando a *vacatio legis* da mesma[37].

6. Referências bibliográficas

CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In:* GARCÍA, Álvarez; CUSSAC, González. (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

DELITALA, Giacomo. *Il "fatto" nella teoria generale del reato*. Padova: Cedam, 1930.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. *La Ley Penal,* 40. Madrid: Wolters Kluwer, 2007.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. ¿Societas delinquere non potest?. Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP. *Revista de derecho Penal y Criminología,* 18. Madrid: UNED, 2006.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Curso de derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*. Madrid: Colex, 2001.

37. Vide a respeito, PÉREZ GIL, Julio. "Cauces para la declaração de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *in* [Álvarez García e González Cussac – dir.], *Comentarios a la reforma penal de 2010,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 583 e ss.

GÓMEZ ROYO, Elena. *Reflexiones sobre el dolo en Grecia y Roma. In:* MATEU, Carbonell; CUSSAC, González; BERENGUER, Orts. (Dir.); ARNAU, Cuerda. (Coord.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial (Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas). *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología,* 08-05. Granada, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda. *In:* GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Org.). *Modelos de autoresponsabilidad penal. Modelos contemporáneos*. Pamplona: Aranzadi, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa.* Madrid: Marcial Pons – Ediciones jurídicas y Sociales, 2005.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. Dolus in re ipsa. *In*: MATEU, Carbonell; CUSSAC, González; BERENGUER, Orts. (Dir.); ARNAU, Cuerda. (Coord.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversariodel profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. *La Ley – Actualidad Penal*, n. 39. Madrid: Wolters Kluwer, 1993.

HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empreas: evolución y consecuencias nacionales. *In:* POZO, Hurtado; BLASCO, Del Rosal; VALLEJO, Simons. (Dir.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HURTADO POZO, José; MEINI MÉNDEZ, Iván. Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano. *In:* POZO, Hurtado; MÉNDEZ, Meini; BLASCO, Del Rosal; VALLEJO, Simons. (Org.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas:* una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? *La Ley – La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, n. 17*. Madrid: Wolters Kluwer, 2006.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Trad. Cuello Contreras e Serrano Gómez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

MARTÍNEZ GARAY, Lucia. *La imputabilidad penal, concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El concepto "significativo" de dolo: un concepto volitivo normativo. *In*: CONDE, Muñoz. (Dir.). *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios Penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

MUÑOZ LORENTE, José. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de Ley de 2007 de reforma del Código Penal de 1995. *In: La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario,* 40. Madrid: Wolters Kluwer, 2007.

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

PÉREZ GIL, Julio. Cauces para la declaração de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In:* GARCÍA, Álvarez; CUSSAC, González. (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

SCHMIDT, Eberhard. Soziale Handlungslehre. *Festschrift für Engisch*. Frankfurt: Klostermann, 1969.

TIEDEMANN, Klaus. *Wirschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. Berlin, Rowohlt, 1976.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexamen del dolo. *In:* CONDE, Muñoz. (Dir.). *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios Penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaçiones y asociaciones en el derecho penal español y en la reforma penal:* presupuestos sustantivos y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposição de las penas previstas en el art. 129 del C.P. *In:* MORALES PRATS, Fermín; OLIVARES, Gonzalo Quintero. (Coords.). *El nuevo derecho penal espanhol. Estudios Penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz.* Pamplona: Aranzadi, 2001.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas. (Consecuencias teóricas y consecuencias prácticas). *Poder Judicial 46*. Madrid: CGPJ, 1997.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Vigencia del principio societas delinquere potest en el moderno derecho penal. *In:* POZO, Hurtado; MÉNDEZ, Meini; BLASCO, Del Rosal; VALLEJO, Simons. (Org.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas:* una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A responsabilidade penal da pessoa jurídica, de Roque de Brito Alves – *RT* 748/494-503 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/1199-1206 (DTR\1998\141);
- Reminiscências da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua efetividade, de Fábio Guedes de Paula Machado – *RBCCrim* 79/75-100, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/361-386 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/963-988 (DTR\2009\359);
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Breve estudo crítico, de Eduardo Luiz Santos Cabette – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/259-290 (DTR\2012\44876); e
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado, de Luís Augusto Sanzo Brodt e Guilherme de Sá Meneghin – *RT* 961/245-273 (DTR\2015\13359).

A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais

The criminal sanction in indigenous criminal law: from legal pluralism to the recognition of customary rules of conflict`s resolution

Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara

Mestranda em Direito Penal pela UERJ. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Procuradora da República em Volta Redonda/RJ. Ex-defensora pública do Estado de Alagoas.
juli_azevedo@hotmail.com

Recebido em: 23.09.2016
Aprovado em: 08.11.2016
Última versão autora: 11.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Sob uma perspectiva monista, somente se considera direito aquilo que emana do Estado. Todavia, não se pode ignorar que regras morais e costumeiras exercem uma influência direta sobre o funcionamento do corpo social, gerando o fenômeno do pluralismo jurídico. A consagração de um Estado pluriétnico e multicultural pela Constituição Brasileira de 1988 lançou os holofotes sobre o pluralismo jurídico a partir do reconhecimento do direito consuetudinário indígena, que constitui uma das expressões da identidade cultural desses povos. Semelhante previsão conclama o respeito aos métodos tradicionais a que os povos indígenas recorrem para resolver seus conflitos, inclusive os de cunho penal. A partir dessa constatação, o presente trabalho pretende analisar se as sanções aplicadas por grupos indígenas compartilham das mesmas finalidades da pena do "direito oficial" e se é juridicamente viável afastar a atuação do aparato repressivo do Estado quando figurem na condição de réus índios já punidos por suas comunidades. A reflexão acerca do problema perpassará pelo exame de precedentes da jurisprudência nacional e estrangeira e será guiada pelo escopo de preservar os fundamentos da pena sem menoscabar o direito à alteridade.

Abstract: Under a monistic perspective, it only is considered law what is emanated from the State. However, it cannot be ignored that moral and customary rules exert a direct influence on the functioning of the social body, creating the legal pluralism phenomenon. The consecration of a pluriethnic and multicultural State by the Brazilian Constitution of 1988 casts the spotlight on legal pluralism from the recognition of indigenous customary law, which is one of the expressions of cultural identity of these people. Similar prediction clamours respect for traditional methods to which indigenous people resort to resolve their conflicts, including the criminal nature ones. Based on this observation, the present study intends to analyze whether the sanctions applied by indigenous groups share the same purposes of the "official law" penalty and whether it is legally viable to exclude the repressive apparatus of the State when it appears in the condition of defendants indians already punished by their communities. Reflection on the problem will be preceded by the examination of precedents of national and foreign jurisprudence and will be guided by the scope of preserving the grounds of the punishment without impairing the right to otherness.

Azevedo Santa Rosa Câmara, Juliana de. A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 69-107. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico – Multiculturalismo – Pena – Índio – Identidade cultural.

Keywords: Legal pluralism – Multiculturalism – Penalty – Indian – Cultural identity.

Sumário: 1. Introdução. 2. As fontes do direito e suas multifaces. 2.1. Pluralismo jurídico e transconstitucionalismo. 2.2. O multiculturalismo como referencial. 2.3. O marco legislativo do Estado brasileiro pluriétnico. 2.4. Direito penal indígena como expressão do multiculturalismo. 3. O papel da pena. 4. As sanções no direito penal indígena. 4.1. Alguns casos concretos. 4.1.1. Ação Penal 92.0001334-1. 4.1.2. Ação Penal 0000302-88.2010.8.23.0090. 4.1.3. Ação Penal 5735-10.2010.4.01.4200. 4.2. O princípio do ne bis in idem. 4.3. Aspectos da pena no direito penal indígena. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O direito pode ser entendido como um sistema de normas que visam à estabilização de expectativas e à regulamentação de condutas, sendo produto de uma atividade estatal e oficial desenvolvida pelo Poder Legislativo e implementada pelo Poder Judiciário. Numa perspectiva monista e positivista, só é considerado direito o que emana do Estado. Donde a legitimidade da norma advém de sua origem, e não da sua aceitação social.

Sucede que, a par das normas jurídicas, também os costumes e as regras de cunho religioso, moral e social influenciam no processo de acomodação de interesses, sobretudo ante o distanciamento entre o Poder Judiciário e a sociedade. Nesse cenário, é impossível não reconhecer o fenômeno do pluralismo jurídico, que nasce num espaço público democrático e é permeável à ingerência de atores sociais que resolvem conflitos sob a batuta de regras não necessariamente estatais.[1]

O reconhecimento do pluralismo jurídico aliado à consagração de um Estado de direito pluriétnico e multicultural pela Constituição Brasileira de 1988 põe em evidência a tensão latente entre o direito posto e as regras costumeiras utilizadas pelos povos indígenas em consonância com sua identidade cultural. Ao transitar entre seu próprio código de cultura e o da sociedade envolvente, o índio brasileiro se depara com os influxos de normas e mundivisões diametralmente opostas, o que resvala, muitas vezes, na aplicação do direito penal.

Utilizando esse quadro como ponto de partida, o objetivo do presente trabalho é examinar as multifaces das fontes do direito, sua influência na formação

1. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001. p. 78.

de um Estado de Direito pluriétnico e repercussão no direito penal indígena. Assentadas essas premissas teóricas, refletir-se-á sobre o papel da pena para, através de uma abordagem indutiva, verificar algumas particularidades da aplicação de sanções criminais aos índios. O fio condutor da análise será, pois, a busca por uma sistemática de inflição de reprimendas que preserve o imperativo constitucional de respeito à tradição, à cultura e ao costume indígena.

2. As fontes do direito e suas multifaces

Nas palavras de Norberto Bobbio, fontes do direito "são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas"[2]. Tais fatos são pinçados da sociedade, imersa num mar de valores morais, religiosos, consuetudinários, econômicos, políticos e jurídicos. Esses elementos que caracterizam e identificam um corpo social, entretanto, são dinâmicos e bem situados no tempo e no espaço. A cada nova etapa histórica, há um processo cíclico que remodela e atualiza tais valores, os quais passam a constituir novas fontes de direito a ensejarem a renovação do ordenamento jurídico.

Nesse processo contínuo de criação de normas jurídicas, entretanto, o direito acaba surgindo não por acolhimento espontâneo das novéis regras pela comunidade, mas em razão de ter sido emanado pelo Poder Legislativo em consonância com o procedimento oficialmente estabelecido. Por consequência, o poder político finda por reduzir o direito ao direito estatal e este, por seu turno, se traduz no direito positivo[3]. O direito positivo, enfim, é a expressão que reflete o direito oficialmente posto num sistema único de normas jurídicas integradas e promulgadas pelo Estado.[4]

Tais ingredientes formam a doutrina do monismo, definida por Antônio Carlos Wolkmer como a concepção que "atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão se impondo"[5].

Sucede que esse "direito oficial", não raro, constitui uma ferramenta de dominação, porquanto se confunde com o interesse das classes dominantes.

2. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 45.
3. WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 50-55.
4. *Ibid.*, p. 60-62.
5. *Ibid.*, p. 46.

Por consectário, existe um vácuo de relações sociais complexas, inerentes a parcelas marginalizadas da população, que não são satisfatoriamente reguladas pela ordem jurídica estatal. Essa conjuntura dá azo à autorregulação jurídica de comportamentos por veículos informais, que, por um lado, causa a estabilização de expectativas normativas por meio do consenso[6] e, por outro, amplia sobremaneira o elenco das fontes do direito, gerando fenômenos como o pluralismo jurídico[7] e o transconstitucionalismo[8].

2.1. Pluralismo jurídico e transconstitucionalismo

Antônio Carlos Wolkmer explica que o pluralismo jurídico é a formulação teórica que reflete "a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais"[9]. Ao se defender o pluralismo jurídico, não se está a rechaçar o direito estatal, mas a se reconhecer a existência de outras formas jurídicas na sociedade, formas essas que, longe de sectarizá-la, a complementam e enriquecem.

O pluralismo jurídico, pois, admite a emancipação do direito face ao Estado e consagra o delineamento de um palco aberto em que os agentes sociais assumem democrática e autonomamente o protagonismo da regulação de suas relações interpessoais, aproximando o povo de seu ideal de justiça. Admite-se que o direito seja permeável a diferentes ordens jurídicas que ora se tensionam, ora se interceptam, revelando o multicentrismo social.

A teoria pluralista dá azo à ampliação semântica do conceito de Constituição, que passa a açambarcar o entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas em torno dos mesmos problemas de ordem constitucional. Trata-se, em uma palavra, da figura do transconstitucionalismo.[10]

Ao servir como "ponte de transição" entre ordens jurídicas *a priori* fragmentadas, o transconstitucionalismo promove um fluxo comunicacional que estabelece uma simetria das formas de direito e logra a solução de problemas de maneira mais fiel à identidade de cada grupo. Diuturnamente associado à

6. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 31.
7. WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, *passim*.
8. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, *passim*.
9. WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 219.
10. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 108 e 115.

simbiose entre ordens jurídicas estatais, internacionais e transnacionais, há uma faceta do transconstitucionalismo que se debruça sobre a interação com ordens jurídicas extraestatais de coletividades nativas, cujas matrizes antropológico-culturais por vezes entram em rota de colisão com os postulados da ordem jurídica constitucional do Estado.[11]

Ao refletir sobre a questão, explica Marcelo Neves:

> Nesse contexto, há um paradoxo do transconstitucionalismo, pois ele se envolve em conversações constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo. Mas essa situação é resultante da necessidade intrínseca ao transconstitucionalismo de não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um diálogo construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente "diferentes", baseadas milenarmente no território do respectivo Estado. Nesse contexto, embora limitado, o transconstitucionalismo não perde o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa da sociedade mundial do presente.[12]

É preciso, pois, lançar um novo olhar para as práticas indígenas, sob pena de se aquiescer com um verdadeiro genocídio cultural que, por descaracterizar a identidade do grupo, fará com que ele desapareça.

2.2. O multiculturalismo como referencial

Assentada a premissa de que o cardápio de fontes do direito não se restringe à lei formal, mas contempla ingredientes colhidos de ordens jurídicas não estatais, revela-se imprescindível analisar a influência da cultura na conformação das regras de conduta sociais.

A cultura é o conjunto de atributos que, ao ser adquirido por um ser humano como membro de determinada sociedade, o individualiza e identifica. Esse complexo de atributos inclui conhecimento, arte, moral, leis, costumes, hábitos e aptidões, caracteres que podem variar de acordo com o povo, a região, a cidade, o país ou a etnia. Entre esse cipoal de elementos, os valores e as normas possuem uma posição de destaque, como ressalta José Lisboa Moreira de Oliveira:

> Dentro da cultura os valores são muito importantes. Eles são definidos pelos antropólogos como sendo "objetos e situações consideradas boas, de-

11. *Ibidem,* p. 216.

12. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 217.

> sejáveis, apropriadas, importantes, ou seja, para indicar riqueza, prestígio, poder, crenças, instituições, objetos materiais etc. Além de expressar sentimentos, o valor incentiva e orienta o comportamento humano" (*Ibidem*). Já as normas são definidas como "regras que indicam os modos de agir dos indivíduos em determinadas situações". De um modo geral consistem "num conjunto de ideias, de convenções referentes àquilo que é próprio do pensar, sentir e agir em dadas situações" (*Ibid.*, p. 29). As normas podem ser ideais (aquelas que os membros do grupo devem praticar) e comportamentais que são aquelas reais, pelas quais, em determinadas situações, os indivíduos fogem das ideais. Exemplos disso são as normas de trânsito.[13]

A identidade cultural é dinâmica e se constrói a partir da interação de um indivíduo com os membros de seu grupo. Esse espaço comum onde são forjadas as relações definitórias não abriga uma visão atomista do indivíduo, mas o concebe como portador de identidades complexas e multifacetadas. Essas identidades confluem para os direitos culturais, que, indissociáveis do princípio da dignidade humana, têm *status* de direitos fundamentais.[14]

É esse cariz de fundamentalidade que demanda o reconhecimento das minorias e a celebração da pluralidade, em detrimento da colonização das diferenças pela cultura dominante. Aliás, o reconhecimento é uma das facetas do direito à igualdade[15], pois apenas num mundo permeável aos padrões culturais minoritários se alcança a fraternidade. Na feliz síntese de Boaventura de Sousa Santos, "as pessoas têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza"[16].

---

13. OLIVEIRA, José Lisboa Moreira de. *O conceito antropológico de cultura*. Disponível em: [www.ucb.br/sites/000/14/PDF/OconceitoantropologicodeCultura.pdf]. Acesso em: 25.08.2016.
14. DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade. *In:* DUPRAT, Deborah. *Pareceres jurídicos*: direitos dos povos e das domunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007. p. 13-16.
15. SILVA, Larissa Tefen. O multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *NEJ – Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, n. 2, v. 11, p. 313-322, jul./dez. 2006. Disponível em: [siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/440/382]. Acesso em: 12.07.2016. p. 316-317.
16. SANTOS, Boaventura de Sousa. In: BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline Rezende Peres. *"Sabe com quem está falando?"*: algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporáneo: texto-base da apresentação no Seminario em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política – SELA, organizado pela Yale Law School. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: [www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/SELA_Yale_palestra_igualdade_versao_fina.pdf]. Acesso em: 25.08.2016. p. 9.

O multiculturalismo, pois, é o fenômeno que se apresenta na convivência de diversas pessoas e grupos culturais num mesmo território, sem que suas pautas culturais, sociais e – por que não? – jurídicas sejam subjugadas. É coadjuvado por esse arcabouço teórico que se deve enxergar a sociedade indígena e seu modo de viver e pensar, sobretudo porque o direito é elemento da identidade cultural. Sobre a identidade étnica indígena, refletem Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa:

> (…) a identidade étnica de um grupo indígena é resultado da autoidentificação e da identificação pela sociedade envolvente. Portanto, a análise antropológica há de se debruçar sobre o processo de construção da identidade em sociedades indígenas em contato com: a sociedade nacional e os contextos em que ela é evocada, como elaboram suas unidades e como constroem suas diferenças. Ainda, conforme Paranhos, o contato sociocultural não pode ser visto apenas pelo ângulo da sociedade dominante, deve ser visto com toda a complexidade de uma realidade sociológica que envolve as instituições sociais, forças e interesses (…). A etnografia, em situações de conflitos socioculturais, focaliza o campo de relações no qual vários segmentos sociais disputam entre si interesses, sejam eles sociais, ambientais ou simbólicos.[17]

Ora, numa sociedade multicultural, não há lugar para a defesa de superioridade cultural ou hierarquização de valores morais. Assim, o reproche ao direito indígena é fruto de estereótipos e preconceitos ladeados ao monismo jurídico predominante no cenário jurídico brasileiro.

Ocorre que a aceitação da organização social, de valores, normas, costumes e tradições dos povos indígenas não implica concessão do direito estatal com prejuízo ao Estado unitário. Ao revés, o reconhecimento do pluralismo jurídico – que, como se verá doravante, encontra amparo na Constituição de 1988 – finda por consolidar e legitimar os mecanismos de administração da justiça, tornando o Estado brasileiro mais coeso e menos discriminatório. É o que ressalta, com outras palavras, Luiz Fernando Villares:

> De outro turno, o Direito brasileiro admite a existência e executividade dos sistemas jurídicos indígenas, num reconhecimento de seu alcance limitado, da sua não completude e da complexidade das relações sociais num país

17. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 46, n. 183, jul./set. 2009. p. 62.

> pluriétnico. As normas gerais que regulam a sociedade brasileira são inadaptadas para muitas as situações vividas pelas comunidades indígenas e deixam de ser aplicadas em desfavor das normas criadas pelos próprios índios. O reconhecimento das normas e dos sistemas normativos indígenas é ditado pelo *caput* do art. 231 da Constituição Federal de 1988.[18]

O pluralismo jurídico é uma couraça que protege a multiculturalidade. Juntos e sob o tempero do constitucionalismo fraternal, conclamado no preâmbulo da Carta Magna de 1988, pluralismo e multiculturalismo representam uma arma contra uma igualdade formal opressora e consagram as diferenças que tanto enriquecem a *terra brasilis*. O Estado que agasalha culturas e sistemas jurídicos particulares não se enfraquece, mas se democratiza e se torna coeso.

2.3. O marco legislativo do Estado brasileiro pluriétnico

O pluralismo jurídico e a multietnicidade não se apresentam apenas como ideais a serem perseguidos, mas constituem valores que inspiram o Estado de Direito brasileiro e exprimem o princípio da igualdade na vertente de reconhecimento das diferenças. Essa ideologia inspirou o constituinte de 1988 a consagrar um Estado brasileiro pluriétnico no art. 231 da Carta Magna, cujo *caput* possui a seguinte dicção:

> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

O art. 231 da Constituição de 1988 representou uma ruptura de paradigmas ao legitimar formalmente o direito à autodeterminação dos povos indígenas. Outros dispositivos constitucionais exortam a conservação da singularidade cultural indígena, a exemplo do art. 210, §2º – que assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental –, e do art. 215, §1º – o qual protege as manifestações das culturas indígenas.

Entrementes, a Constituição Cidadã rompeu com o tradicional programa integracionista, o qual, sob uma ótica etnocêntrica, estava ancorado na ideia

18. VILLARES, Luiz Fernando. Direito penal na ordem jurídica pluriétnica. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 17.

de que os índios viviam em um estágio de desenvolvimento inferior e que, com o tempo, seriam assimilados pela "sociedade civilizada"[19]. Varrido para fora do ordenamento jurídico pátrio, o integracionismo deu lugar ao princípio da proteção da identidade, típico do multiculturalismo, divorciando-se das táticas de homogeneização cultural. Forneceram-se, assim, novas lentes através das quais devem ser lidos todos os diplomas normativos já existentes e informadas todas as políticas públicas.

Essa tábua axiológica também está presente no ordenamento jurídico internacional. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, por exemplo, afirma que os povos indígenas são iguais aos demais povos e reconhece, ao mesmo tempo, o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais.

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, assinada em Paris em 20 de outubro de 2005 e entronizada no Brasil pelo Decreto 6.177/2007, propaga, no item 3 do seu art. 2º, o princípio da igual dignidade e do respeito por todas as culturas, segundo o qual "a proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais pressupõem o reconhecimento da igual dignidade e o respeito por todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos indígenas".

Também a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, recepcionada em solo pátrio pelo Decreto 5.051/2004, preconiza em seu art. 5º que "deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente".

Deborah Duprat faz uma feliz síntese do significado do acervo legal anteriormente elencado:

> A noção central, comum a esse conjunto de atos normativos, é a de que, no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes *o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim,*

19. SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios: solução de conflitos segundo seus costumes. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1.857, 01.08.2008. Disponível em: [jus.com.br/artigos/11533]. Acesso em: 11.07.2016.

> *a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana*.[20]

Esse arcabouço normativo lança sua influência também no direito penal, como evidencia o art. 9º da Convenção 169 da OIT:

> Artigo 9º
>
> 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.
>
> 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Cuida-se de previsão legal harmônica com o art. 57 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), o qual admite a cominação de sanções penais ou disciplinares por grupos tribais em relação a seus membros, consoante instituições próprias do povo respectivo. Todavia, o diploma legal enjeita a aplicação de penas pela própria comunidade quando elas se revestem de caráter cruel ou infamante, sendo terminantemente vedada, em qualquer caso, a incidência da pena de morte.

Essa prescrição legal é deveras compreensível, sobretudo quando se imagina que, num país de dimensões continentais como o Brasil, há comunidades indígenas assentadas em locais onde o Estado não se faz presente, de forma que a resolução de quaisquer conflitos é baseada em regras consuetudinárias que têm força de lei para esses povos, porquanto respeitam sua identidade cultural.

Destarte, o marco legislativo do Estado brasileiro pluriétnico revela que, também no âmbito penal, a intervenção estatal na organização social das comunidades e tribos indígenas deve ser mínima e respeitar os costumes e as particularidades de cada etnia.

2.4. Direito penal indígena como expressão do multiculturalismo

A vida gregária traz em si um plexo de situações conflitivas cuja dirimição é requisito indispensável à harmonização social. Alguns desses conflitos, por acarretarem a vulneração de bens jurídicos ou valores mais caros à sociedade,

20. DUPRAT, Deborah. *Op. cit.*, p. 9-10.

ensejam a intervenção de um mecanismo punitivo institucionalizado destinado a definir, individualizar e reprimir a conduta desviante. Assim, o sistema penal desponta como um instrumento de controle social punitivo institucionalizado com conotação repressiva e conformadora, atuando como reforço das demais agências de controle.[21]

O *jus puniendi* estatal é uma das mais distintivas expressões de soberania, razão pela qual há certa resistência em se reconhecer um direito penal indígena com esfera de juridicidade própria[22]. A teia de valorações sociais imanente ao direito penal possui um forte caráter etnocêntrico, ou seja, olvida as formas distintas de organização social, costumes, tradições e valores do povo indígena, findando por dispensar aos índios um tratamento penal muitas vezes injusto.

Vale notar que o reconhecimento do paradigma da plurietnicidade não significa imunizar o indígena da incidência do direito penal, mas apenas reconhecer o direito à alteridade e a inexistência de escala de grupos étnicos, garantindo a identidade inclusive dos índios que não mais vivem em seus territórios.[23]

Existem condutas que são punidas entre índios sem que constituam ilícitos penais no sistema penal brasileiro e vice-versa. A título exemplificativo, Daize Fernanda Wagner narra que, entre os povos indígenas do Oiapoque, há comportamentos considerados inadequados, como brigas durante festas na aldeia, para as quais, a depender da situação, pode ser estabelecido um castigo, como a faxina.[24]

Com inspiração na ideia de que um Estado de Direito democrático deve agasalhar uma sociedade plural, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas dispõe que esses povos têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes escolhidos de acordo com as práticas da comunidade. Reconhece-

21. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 69.

22. FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. O direito penal e o índio: desafios históricos sob a nova perspectiva constitucional. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, v. 6, n. 1, 2015. p. 81.

23. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Op. cit.*, p. 60.

24. WAGNER, Daize Fernanda. *A pena privativa de liberdade entre os povos indígenas do Oiapoque*: modelo próprio de execução penal? Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cf5d42e34cfeb8a]. p. 7. Acesso em: 13.07.2016.

-se, ademais, o direito de manter e desenvolver instituições próprias de tomadas de decisões (art. 18). Já o art. 35 pontifica que os povos indígenas têm o direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades.

Também a Convenção 169 da OIT, no retrotranscrito art. 9º, afirma o respeito que deve ser dedicado aos métodos pelos quais os povos indígenas impingem a repressão aos delitos cometidos por membros da comunidade, tendo como limite os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Erika Yamada e Juliana Belloque ponderam que "a definição de crime ou ofensa, a responsabilização pelas ofensas, e as práticas de punição advindas dos usos, costumes e tradições indígenas valem entre os índios porque encontram fundamento no conjunto de valores e bens protegidos pela comunidade a que pertencem"[25].

Com efeito, o direito penal indígena alberga particularidades que o distanciam do direito penal estatal. A primeira e mais evidente delas reside na inobservância de uma tipicidade calcada na legalidade estrita, pois o direito indígena caracteriza-se por ser consuetudinário e transmitido oralmente de geração a geração. Essa flexibilidade, segundo Márcio Andrade Torres, não representa ofensa ao princípio da segurança jurídica, porque as normas de proibição são assimiladas naturalmente pelo grupo, o qual, ao longo dos anos, cria e confirma as normas costumeiras, legitimando-as democraticamente sem que seja possível alegar o desconhecimento das proibições e de seus efeitos.[26]

Uma segunda característica é o objeto de proteção do sistema normativo, que se desloca do tradicional individualismo estatal para proteger bens jurídicos coletivos mais caros à paz social e à identidade indígena.

Diversos países latino-americanos acolhem expressamente em suas constituições o reconhecimento do direito e da jurisdição indígenas[27]. É o caso do Peru[28], do

25. YAMADA, Erika; BELLOQUE, Juliana. *Pluralismo jurídico*: direito penal, direito indígena e direitos humanos: uma análise do art. 121 do Código Penal brasileiro. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 125.

26. TORRES, Márcio Andrade. O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, ano 4, n. 46, p. 106-107, 2015. Edição Especial.

27. MARÉS, Carlos Frederico. Constituição de outros países. *Portal Povos Indígenas no Brasil*. Disponível em: [pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/constituicoes/constituicoes-de-outros-paises]. Acesso em: 01.08.2016.

28. "Articulo 149. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales den-

Paraguai[29], da Bolívia[30], da Venezuela[31], do Equador[32] e da Colômbia[33]. A constituição equatoriana proscreve, de forma expressa, a possibilidade de duplo julga-

tro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona."

29. "Art. 63: De la identidad étnica. Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena."
30. "Artículo 179. I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional. IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial."
"Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución."
31. "Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional."
32. "Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria."
33. "Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la

mento pelas instâncias comuns e pela jurisdição indígena, consagrando, assim, o princípio do *ne bis in idem*[34].

É na Colômbia, entretanto, que a jurisprudência mais avançou no sentido de delinear critérios científicos para delimitar os espaços de incidência das jurisdições indígena e estatal. Nesse sentido, é paradigmático o caso *El Tambo,* apreciado pela Corte Constitucional da Colômbia na Sentencia T-254/94. Cuidou-se de uma ação de tutela movida por Ananias Narvaez, membro da comunidade indígena de El Tambo, situada no município de Coyaima, departamento de Tolima. O peticionário insurgiu-se contra decisão da comunidade indígena que impôs, a ele e sua família, a penalidade de expulsão, tendo em vista o cometimento do crime de furto. As autoridades indígenas também confiscaram suas propriedades, negando-se a entregar parte das terras comunais ao filho do acusado, tampouco a indenizar-lhe pelos serviços prestados.[35]

Ananias Narvaez buscou a tutela da Corte Constitucional sob o argumento de que seus direitos fundamentais e os de sua família haviam sido violados pela decisão comunitária impugnada, bem como de que as sanções infligidas eram inconstitucionais.

De início, a Corte colombiana afirmou que o constituinte estabelecera um regime político fundado na conservação da diversidade na unidade. Assentou que a autonomia política e jurídica reconhecida às comunidades indígenas pelo constituinte deve ser exercida dentro dos parâmetros assinalados no texto constitucional, ou seja, em conformidade com os usos e costumes, sempre e quando não sejam contrários à Constituição e à lei, de modo a assegurar a unidade nacional.[36]

Foram alvitradas quatro regras interpretativas a servirem de balizas para dirimir, na prática, conflitos entre ordens jurídicas diversas. A primeira delas

---

República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional."

34. "Art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…) i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto."

35. COLOMBIA. Proceso de tutela T-30116. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. j. 30.05.1994. Disponível em: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm]. Acesso em: 01.08.2016.

36. *Idem*.

pode ser resumida na máxima "quanto maior a conservação de usos e costumes, maior a autonomia". Em outras palavras: disse a Corte que, quanto mais íntimo o contato de uma comunidade indígena com a cultura dominante, mais limitada será a garantia de viver em consonância com as tradições culturais.[37]

A segunda máxima de hermenêutica preconizou que os direitos fundamentais constitucionais compõem o limite material do reconhecimento da diversidade étnica e cultural, por serem direitos universais e absolutos, imunes a qualquer relativismo cultural.

Em terceiro lugar, assentou a Corte que as normas de ordem pública prevalecem sobre os usos e costumes das comunidades indígenas sempre que visem resguardar um valor constitucional de superior hierarquia. Divisou-se, pois, a existência de um conjunto de direitos intangíveis pelo pluralismo jurídico. Por fim, reconheceu-se a prevalência dos usos e costumes de uma comunidade indígena sobre normas de cariz dispositivo, a exemplo do direito civil[38].

É interessante notar que o tribunal constitucional colombiano declarou expressamente que o processo no direito indígena deve atentar para as garantias processuais que compõem um núcleo essencial mínimo do devido processo legal.

Ao final, a Corte Constitucional da Colômbia entendeu que a pena de desterro aplicada ao peticionário não afrontava a Constituição, haja vista ter sido ele expulso da comunidade, mas não do território colombiano. Por outro lado, deliberou o sodalício que a sanção de perda das benfeitorias implementadas pelo acusado na parcela das terras coletivas que ele ocupava violou a vedação constitucional de confisco e, por isso, não poderia prevalecer[39].

No Brasil, o caminho legislativo historicamente percorrido pela disciplina jurídica do direito penal indigenista é alvo de interessante compêndio feito por Lucyana Marina Pepe Affonso:

> No plano legislativo, nem a Constituição de 1824 nem a de 1891 fizeram referência aos indígenas. Em 1910, pelo Decreto n. 8.072, criou-se órgão in-

37. COLOMBIA. Proceso de tutela T-30116. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. j. 30.05.1994. Disponível em: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm]. Acesso em: 01.08.2016.

38. *Idem*.

39. ASSIS, Wilson Rocha. *Arranjos constitucionais do multiculturalismo na Colômbia*. Disponível em: [www.academia.edu/11259108/Arranjos_constitucionais_do_multiculturalismo_na_Col%C3%B4mbia]. Acesso em: 01.08.2016.

> digenista oficial, o Serviço de Proteção aos Índios (SPI). Em 1916, o Código Civil passou a considerar os então chamados silvícolas como relativamente incapazes para a prática de certos atos da vida civil (art. 6º, III), de modo que o regime tutelar exercido pelo SPI cessaria na medida em que os índios fossem se adaptando à civilização. Em 1940 o Código Penal, embora não mencionando o índio de forma expressa, determinou que sua situação penal equiparava-se à daqueles que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, fossem, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, sendo isentos de pena (art. 26). Sua exposição de motivos, assinada pelo ministro Francisco Campos, era clara em revelar o preconceito decorrente da visão assimilacionista prevalente no século anterior, afirmando que a referência especial ao *desenvolvimento incompleto ou retardado* abrangeria a falta de aquisições éticas, dispensando a alusão expressa aos surdos-mudos e aos silvícolas inadaptados.
>
> (…)
>
> As constituições de 1934, 1937 e 1946 trataram, no que se refere aos indígenas, somente de sua incorporação à comunhão nacional (competência legislativa privativa da União) e de suas terras, garantindo-lhes sua posse; a de 1967 assegurou-lhes também o usufruto dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (o mesmo na EC n. 1/1969). Em 1967, após escândalos de má-gestão e corrupção, extinguiu-se o SPI, criando-se em 1973, a FUNAI, seguida pela nova lei geral dos índios, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973).[40]

Percebe-se que a ideia subjacente aos vetustos diplomas legais era a de que, um dia, os índios enquanto tais acabariam por ser absorvidos pela "sociedade civilizada" e só então o direito penal ser-lhes-ia aplicado em sua plenitude. Esse processo de aculturação traz ínsita em si a presunção de que a cultura da sociedade envolvente é melhor que a indígena e, por isso, deve ser absorvida, o que revela uma forte carga de preconceito.

Atualmente, como visto, o art. 57 do Estatuto do Índio admite a aplicação de sanções penais ou disciplinares por grupos tribais a seus próprios membros, de acordo com instituições próprias. Semelhante previsão legal, conquanto antiga, guarda compatibilidade com o art. 231 da Constituição de 1988 e possui plena aplicabilidade.

40. AFFONSO, Lucyana Marina Pepe. Apontamentos sobre persecução e execução penal em face de indígena. *In*: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados nacionais*. Brasília, DF: ESMPU, 2015. p. 247 e 249.

Sublinhe-se que a organização social de uma comunidade indígena não tem raízes completamente autônomas, mas é altamente permeável à influência das regras de conduta de outras etnias e, sobretudo, do direito estatal. Essas instituições indianistas próprias apresentam-se legítimas e efetivas em decorrência da coesão da sociedade que as cria.[41]

Em matéria de direito penal indígena, os pontos que mais amiúde suscitam debates são a tipicidade e a culpabilidade – e, consectariamente, erro de tipo e erro de proibição –, mormente por margearem a discussão sobre a (in)imputabilidade de indígenas e sobre a compreensão culturalmente determinada acerca da proscrição de determinado comportamento.

Em virtude dessas questões, afigura-se sempre salutar a elaboração de um laudo antropológico quando o réu de um processo penal é um índio. O professor colombiano Carlos Vladimir Zambrano salienta de forma judiciosa a importância do documento:

> El análisis pone en evidencia que los hechos que conducen al error de comprensión culturalmente condicionado los puede cometer cualquier persona colombiana, al encontrarse fuera de los dominios de la cultura propia o de su comunidad de origen. Dos cosas deben tenerse en cuenta de manera clara en lo relativo a lo judicial: la cultura de la jurisdicción en la cual se comete el delito y la cultura a la cual pertenece el infractor, para que en el debido proceso, mediante prueba pericial antropológica, se dictamen esas circunstancias propias de la diversidad sociocultural y se establezcan con claridad los hechos culturales que producen significaciones y valoraciones éticas diferentes conducentes al error y por lo tanto a la noresponsabilidad. Con una actuación así concebida se respeta la dignidad de las culturas, las instancias judiciales del proceso y adquiere mayor sentido la sistematicidad del sistema jurídico nacional pluralista.[42]

Em casos desse jaez, o antropólogo funciona como um tradutor cultural, que vai explicar aos operadores do direito o padrão cultural do índio e sua compreensão interna dos padrões ético-culturais da sociedade envolvente.

41. VILLARES, Luiz Fernando. *Op. cit.*, p. 16-17.

42. ZAMBRANO, Carlos Vladimir. *Constitucionalidad, inimputabilidad e inculpabilidad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Grupo de Investigación Relaciones Interétnicas y Diversidad Cultural, 2004. p. 9. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/carlos_zambrano.pdf]. Acesso em: 31.07.2016.

Desse modo, fornecem-se subsídios aos atores processuais para aquilatar a necessidade e a proporcionalidade da inflição de uma pena.

Não obstante a riqueza de detalhes na problemática arraigada no direito penal indígena, o foco do presente trabalho reside especificamente na questão da sanção criminal, que será doravante aprofundada.

3. O papel da pena

Pensar a respeito do direito penal significa refletir sobre a finalidade da pena. O direito penal está ancorado na necessidade estatal de preservar bens jurídicos essenciais à manutenção social, impondo entraves às tentativas de vulneração de direitos e liberdades. Por seu turno, a pena surge como o castigo imposto a quem infringe uma norma penal e está imbricada com a própria concepção de Estado.

Não há consenso acadêmico sobre os fundamentos da pena, embora seja possível constatar a subjacência da tensão entre duas ideias: a retribuição e o utilitarismo. Enquanto a retribuição justifica a pena em razões de justiça e, portanto, volta os olhos ao passado, o utilitarismo busca motivação na utilidade da sanção por meio da veiculação de um efeito intimidatório geral e particular. A concepção utilitarista, pois, projeta seu raciocínio para o futuro.[43]

Relata Ela Wiecko Volkmer de Castilho que Alf Ross não vislumbra incompatibilidade entre as ideias de retribuição e prevenção; "o utilitarismo responde à questão do fim da pena (para que se pune), enquanto o retributivismo liga-se à questão do fundamento da pena (por que se pune)"[44].

Discutir de forma mais abrangente as nuances da pena e as teorias que lhe conferem sustentáculo é *conditio sine qua non* para examinar qual o papel desempenhado pelas sanções no direito penal indígena.

De início, é interessante enxergar a pena sob um prisma dinâmico, como um processo de diálogo. Essa engrenagem dialogal é pendularmente movimentada entre o condenado e a sociedade, sob a moderação do Estado ou das entidades interessadas no fim da criminalidade e da violência.[45]

---

43. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Teorias atuais da pena e o projeto de reforma brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 22, n. 22, 1985. p. 187.

44. *Ibid.*, p. 188.

45. DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito penal e povos*

A cominação, aplicação e execução da pena sob uma perspectiva dialogal permite que o próprio condenado participe do sistema social como cidadão que é, num exercício democrático legitimado pelo fato de estar sendo responsabilizado por ter violado "suas próprias leis".

As teorias acerca das finalidades da pena podem ser reconduzidas a dois grandes grupos: a teoria absoluta e a teoria relativa, e esta última subdivide-se em prevenção geral e prevenção especial.

De inspiração kantiana e hegeliana, a teoria absoluta possui viés retributivo e preconiza que a pena tem o objetivo de restaurar a ordem jurídica violada, sendo necessária à realização da Justiça, em caráter de expiação.

Noutro giro, as teorias relativas albergam uma ideia de prevenção, isto é, visualizam a pena como uma ferramenta destinada a evitar a prática de novos delitos. Subdividem-se em quatro vertentes específicas, que são didaticamente explicadas por Cezar Roberto Bitencourt:

> As teorias da prevenção geral têm como fim a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social. Quanto ao modo de alcançar esse fim, as teorias da prevenção geral são classificadas atualmente em duas versões: de um lado, a *prevenção geral negativa* ou intimidatória, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça da pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz; e, de outro lado, a *prevenção geral positiva* que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem.
>
> (…)
>
> A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. De acordo com a classificação sugerida por Ferrajoli, as teorias da prevenção especial podem ser formalmente divididas em teoria da prevenção especial positiva, dirigidas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa, voltadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso.[46]

A partir desses alicerces, foram desenvolvidas teses unificadoras ou perquiridos novos caminhos teóricos, cujo aprofundamento transcende os objetivos do presente trabalho. Não obstante, cumpre registrar que o art. 59 do Código

indígenas. Curitiba: Juruá, 2012. p. 63.

46. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 141 e 150.

Penal brasileiro, ao prever que o juiz deverá sopesar oito critérios para impor uma pena necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime, parece ter optado por uma concepção eclética, que amalgama os vieses retributivo e preventivo da pena.

Após discorrer sobre os meandros do ato de punir no Estado de Direito, Hassemer faz uma síntese bastante feliz acerca do papel da pena:

> De acordo com esse enfoque, permanece a pena naturalmente o mal que ela é; ela não passa a ser uma forma de cura ou mesmo um presente. Ela se faz mais compreensível e também justificável também como a mensagem de que nós todos não aceitamos a ruptura de uma norma pelo delito, que nós reafirmamos a norma violada, na medida em que respondemos à violação do direito de forma pública – e negativa. Visto dessa forma, a pena estatal poderia hoje recuperar um antigo sentido: ser a negação da negação do direito, mas não apenas no papel ou no âmbito acadêmico, mas sim no discurso público sobre as normas, que nos são indeclináveis, e sobre as reais possibilidades de que elas sejam mantidas.[47]

Ora, para aquilatar a validade jurídica de sanções penais infligidas por sistemas paralelos ao Estado, a exemplo da justiça indianista, deve-se averiguar se as punições seguem a lógica das teorias supra-apontadas, ainda que não estejam previstas no catálogo legislativo oficial.

Em outras palavras: o estudo das finalidades da pena deve servir como balizador na análise da juridicidade das reprimendas fixadas em consonância com as normas de direito indígena.

Por fim, cumpre ressaltar que os conceitos de crime e de pena variam entre cada comunidade ou povo indígena, pois são conceitos históricos e sociais cuja dinâmica é reflexo de uma conjuntura circunstancial e ambiental.

4. As sanções no direito penal indígena

Ao vislumbrarmos o direito penal sob as lentes do multiculturalismo, cientes de que os ordenamentos jurídicos nacional e internacional não só permitem como propugnam o caráter subsidiário do "direito penal oficial" aos indígenas, torna-se imperioso refletir sobre aspectos atinentes à inflição de sanções.

47. HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito. *In*: GRECO, Luís; MARINTS, Antônio. *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 344.

Lucyana Marina Pepe Affonso traça um retrospecto histórico sobre a pena no direito penal indígena:

> A aplicação das penas aos indígenas era disciplinada na lei geral dos índios vigente à época (Decreto n. 5.484/1928), não revogada pelo Código Penal de 1940. Segundo referido Decreto, os índios com menos de cinco anos de integração que cometessem crimes seriam recolhidos mediante requisição do inspetor de índios a colônias correicionais ou estabelecimentos industriais disciplinares, pelo tempo que parecesse necessário ao inspetor, nunca superior a cinco anos. Do contrário, ser-lhes-ia aplicada a lei comum, com penas reduzidas à metade, nunca devendo ser aplicada prisão celular, que seria sempre substituída por prisão disciplinar. Na prática, foram criadas prisões indígenas, e o processo e execução penal passaram a ser atribuição do SPI ao largo do controle judicial.[48]

Percebe-se o pretérito delineamento de um sistema punitivo concomitantemente paralelo e estatal, que foi imposto aos indígenas sob a batuta do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), órgão do Poder Executivo. Assim, no início do século passado, já vigiam formas extraoficiais de punição aos índios, as quais acabaram se transmudando em nefastos instrumentos de opressão.[49]

Hoje, a matéria é regida pelo Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), cujo art. 56, parágrafo único, dispõe que "as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado".

O intento do legislador ao esculpir uma disciplina legal desse jaez foi preservar a cultura do índio, evitando sua exposição forçada a outros condenados não índios. A lei não exige, para a incidência da norma, a avaliação do "grau de integração" do indígena.

Os Tribunais Superiores, entretanto, não guardam harmonia no enfrentamento da matéria. O Supremo Tribunal Federal, na ementa do acórdão proferido no HC 85198/MA, datado de novembro de 2005, consignou que o regime de semiliberdade é um direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena[50]. Já o Superior Tribunal de Justiça, em maio de 2016, reafirmou seu

48. AFFONSO, Lucyana Marina Pepe. *Op. cit.*, p. 248.

49. WAGNER, Daize Fernanda. *Op. cit.*

50. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* n. 85198/MA. Rel. Min. Eros Grau. *DJ* 09.12.2005. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/

entendimento no sentido de que o preceptivo legal sob óculo não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira[51].

A falta de consenso sobre a exegese do parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio é fomentada pela locução "se possível". Ademais, na prática, é cediço que a FUNAI não possui condições financeiras e estruturais para supervisionar o cumprimento de pena por índios nesses moldes. Entretanto, a polêmica tende a se perpetuar, haja vista que o Projeto de Lei do Senado 236/2012, cujo objeto é a reforma do código penal brasileiro, prevê um dispositivo assaz semelhante ao ora em vigor, cuja redação é a seguinte: "a pena de prisão será cumprida em regime especial de semiliberdade, ou mais favorável, no local de funcionamento do órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação" (art. 36, § 2º)[52].

Noutro giro, conquanto reconhecida a autonomia do direito penal indígena nos termos do art. 57 do Estatuto do Índio, cumpre destacar que sua aplicação não ocorre de forma automática a partir da constatação do envolvimento de um índio num fato delituoso. É que, da mesma maneira que sói inadequado pretender aplicar o direito penal tradicional a indígenas julgados por sua própria comunidade, não se afigura razoável impor essa forma alternativa de direito a não índios, ainda que estes figurem como vítimas do crime. Tanto uma como outra hipótese teriam o condão de macular o princípio da isonomia, na vertente de respeito à identidade de cada cidadão.

Entrementes, deve ser tida como premissa para a admissão do direito penal indígena a circunstância de tanto o acusado como a vítima da infração penal serem índios, bem como de o fato ter ocorrido dentro da terra indígena.

---

listarJurisprudencia.asp?s1=%2885198%2ENUME%2E+OU+85198%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lrxzzf7]. Acesso em: 02.08.2016.

51. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1373007/BA. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. *DJe* 01.06.2016. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1373007&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO]. Acesso em: 02.08.2016.

52. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 236 de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404]. Acesso em: 02.08.2016. Para uma breve análise do projeto de lei, *vide* BELLOQUE, Juliana Garcia; REZENDE, Guilherme Madi; NOLAN, Michael Mary. Reforma do CP traz avanço no tratamento penal do índio. *CONJUR*, 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-jun-21/reforma-codigo-penal-traz-avanco-tratamento-penal-indio]. Acesso em: 11.07.2016.

Paulo Queiroz adverte, nesse toar, que o direito penal indígena não é aplicável a conflitos que envolvem não índios, ainda que ocorridos dentro de território indígena, tampouco se reflete, em princípio, sobre incidente ultimado fora de território indígena, mesmo que abrangendo apenas índios.[53]

Contudo, sob a égide do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, é possível recorrer-se à justiça comum por iniciativa da própria tribo. Luiz Fernando Villares aventa algumas hipóteses de opção pela justiça estatal, as quais, vale frisar, não representam um divórcio com o pluralismo jurídico:

> Dessa forma, os próprios índios, quando observam que a impositividade de suas decisões ou mesmo sua imparcialidade não são suficientes para uma decisão justa, abrem mão da aplicação de suas regras, exigindo que o Direito Penal brasileiro faça o julgamento da conduta. Outro caso em que o Direito Penal pode ser chamado são os crimes envolvendo mais de um povo indígena, que fatalmente teriam como consequência uma guerra entre povos. Tanto o povo ao qual pertence o ofensor, com temor de que a pena recaia além do ofensor, quanto ao povo ao qual pertence o ofendido, que abre mão da possibilidade de vingança, concordam-se em sujeitar ao julgamento pela lei do "branco". Invariavelmente o povo ao qual pertence o ofensor entrega-o às autoridades estatais para que seja punido exemplarmente, mostrando a decisão da comunidade de não compactuar com o acontecido.[54]

O ponto fulcral para a escolha pela jurisdição incidente, pois, é o respeito à esfera de autonomia do indígena, a qual é culturalmente determinada. O Estado continua a desempenhar um papel fundamental de mediador dessas relações sociais, como destaca Marcelo Neves:

> Mas cabe ponderar que, não só de um ponto de vista antropológico, mas também na perspectiva do transconstitucionalismo, diante dos dissensos e conflitos no interior das comunidades indígenas, inclusive em torno da prática do homicídio de recém-nascidos, "o papel do Estado, na pessoa dos seus agentes, terá de ser o de estar disponível para supervisionar, mediar o interceder com o fim único de garantir que o processo interno de deliberação possa ocorrer livremente, sem abuso por parte dos mais poderosos no interior da sociedade". Assim, a esse respeito, a postura transconstitucional apresenta-se na limitação jurídica do poder abusivo dentro da comunidade.

53. QUEIROZ, Paulo. *Jurisdição penal indígena*. Brasília, DF, 09.01.2015. Disponível em: [www.pauloqueiroz.net/jurisdicao-penal-indigena]. Acesso em: 02.07.2016.

54. VILLARES, Luiz Fernando. *Op. cit.*, p. 26.

> Isso porque, caso haja manipulação das decisões comunitárias pelos mais poderosos, sem legitimidade na ordem normativa respectiva, desaparece a autonomia étnica de que se parte para o diálogo constitucional. Portanto, observa-se, dessa maneira, que nenhuma forma de apresentação de autonomia de esferas sociais, inclusive das construídas por comunidades nativas não diferenciadas funcionalmente, tem um caráter absoluto, sendo todas relativas no âmbito da sociedade mundial do presente.[55]

Tecidas essas preliminares reflexões teóricas sobre a conformação do direito penal indígena com uma ordem constitucional democrática, afigura-se percuciente analisar como se dá a aplicação prática desses postulados na realidade forense. Para a desincumbência desse mister, adotar-se-á o método indutivo, partindo-se da ilustração de casos particulares para, ao final, acenar para conclusões gerais sobre o tema.

4.1. Alguns casos concretos

Doravante serão objetivamente narrados os detalhes de três ações penais que tramitaram no Estado de Roraima, duas das quais na Justiça Federal e uma perante a Justiça Estadual. A escolha dos casos foi motivada pela riqueza jurídica que albergam, pois suas nuances provocam a reflexão de diferentes aspectos da temática ora tratada.

A adstrição da abordagem a fatos desenrolados em Roraima tem caráter representativo, haja vista que 46% do território do Estado é formado por terras indígenas[56] e, portanto, discussões desse jaez são levadas à apreciação do Poder Judiciário com frequência maior que a de outros lugares.

Faz-se mister registrar, ainda, que a falta de menção a ações penais em que o reconhecimento da jurisdição indígena tenha sido rechaçado pelas instâncias formais de Justiça foi consciente e imbuída do escopo de não cansar o leitor, sobretudo porque os argumentos contrários à tese desenvolvida são intuitivos e foram tangenciados ao longo do presente trabalho.

4.1.1. Ação Penal 92.0001334-1

Um dos primeiros casos que acenaram para uma positiva reviravolta no que tange à aplicação da pena no direito penal indígena foi a Ação Penal 92.0001334-1.

---

55. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 227-228.

56. ALBARADO, Ádria. Roraima: 46% do território pertence a povos indígenas. *Portal Amazônia*. Boa Vista, 31.05.2013. Disponível em: [portalamazonia.com/detalhe/noticia/roraima-46-do-territorio-pertence-a-povos-indigenas/?cHash=736741c4bea72cbeb63334701303684c]. Acesso em: 13.07.2016.

Aqui, Basílio Alves Salomão foi denunciado em março de 1986 pelo homicídio de Valdenísio da Silva, dentro da aldeia onde ambos viviam. Ofensor e vítima eram indígenas da etnia Macuxi.[57]

Iniciado na Justiça Estadual, o processo foi declinado para a Justiça Federal em 1992. Após a colheita da prova oral, o Ministério Público Federal solicitou a confecção de laudo antropológico, que foi produzido por antropólogo da FUNAI. O laudo expôs os reflexos do delito para a comunidade, haja vista que Basílio era o segundo tuxaua[58] do mais importante polo Macuxi, o que abalou a coletividade e fez com que fossem repensadas as práticas de controle social.

Nesse diapasão, os Tuxauas reuniram-se e, após ouvirem o réu, deliberaram pela aplicação das seguintes reprimendas: desterro, durante o qual Basílio ficaria privado da companhia de seus familiares e privado de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo. Vale notar que, quando da elaboração do laudo antropológico em junho de 2005, o acusado já estava cumprindo a pena há dez anos, inclusive sob um regime menos rigoroso do que o inicial[59].

Em maio de 2000, Basílio foi submetido ao tribunal do júri, ocasião em que foi absolvido. Conquanto tenham reconhecido a materialidade e a autoria delitivas, os jurados sopesaram o fato de ele ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade, sendo devidamente punido, razão pela qual entenderam que deveria ser isento de pena na Justiça Federal.[60]

---

57. SOUZA, Estella Libardi de. Povos indígenas e o direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PLURALISMO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS. 2008, Florianópolis. *Trabalho 4*: diversidade, identidades e culturas latino-americanas. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. p. 5. Disponível em: [egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>. Acesso em: 11.07.2016. Ver também SILVA, Tedney Moreira da. *No banco dos réus, um índio*: criminalização de indígenas no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016. p. 112.

58. Explica Estella Libardi de Souza que "o Tuxaua, parte do sistema de lideranças Macuxi, é eleito em assembleia comunitária, havendo um para cada maloca, e sem prazo para a duração do mandato. Há ainda o segundo Tuxaua, a quem cumpre substituir o Tuxaua principal em suas ausências, ou cumprir missões por ele designadas, devendo ajustar contas dos atos praticados" (SOUZA, Estella Libardi de. *Op. cit.*, p. 5.).

59. *Ibid.,* p. 5-6.

60. SOUZA, Estella Libardi de. *Op. cit.,* p. 6.

4.1.2. Ação Penal 0000302-88.2010.8.23.0090[61]

Mais recentemente, um caso que também envolve indígena da etnia Macuxi representou um divisor de águas na jurisprudência nacional. Cuida-se do processo 0000302-88.2010.8.23.0090, inaugurado após um indígena da comunidade do Manoá – índio Denilson –, dentro da terra indígena Serra da Lua, praticar, sob a influência de álcool, homicídio qualificado em detrimento de seu irmão, também indígena. O crime foi perpetrado em 20 de junho de 2009, no município de Bonfim/RR.[62]

Após os fatos, líderes indígenas e membros da comunidade ouviram o acusado e seus familiares. Dias depois, em reunião acompanhada por servidores da FUNAI, membros do conselho comunitário e lideranças de diversas etnias indígenas do Manoá deliberaram pela cominação de oito penalidades ao índio Denilson, consistentes em:

1. afastamento do acusado da comunidade do Manoá pelo prazo de cinco anos, durante os quais deveria cumprir a pena na região Wai Wai, podendo o interstício temporal ser reduzido em caso de bom comportamento;

2. cumprimento do Regimento Interno do Povo Wai Wai, com respeito às regras de convivência, costume, tradição e moradia daquele povo;

3. participação em trabalhos comunitários;

4. participação em todos os eventos desenvolvidos pela comunidade;

5. proibição de comercializar quaisquer produtos sem autorização prévia da comunidade;

6. não desautorização dos Tuxauas;

7. ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia dos Tuxauas;

8. aprendizado da cultura e da língua Wai Wai[63].

Definiu-se, ainda, que, em caso de descumprimento de quaisquer das reprimendas, far-se-ia nova reunião para deliberação.

Em sede de sentença, o magistrado de 1º grau deixou de apreciar o mérito da denúncia do Ministério Público para declarar a ausência do direito estatal

61. CONJUR. *Estado não pode punir índio que já foi condenado por sua tribo, decide TJ-RR*. 20.02.2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-20/estado-nao-punir-indio-foi-condenado-tribo]. Acesso em: 11.07.2016.

62. AFFONSO, Lucyana Marina Pepe. *Op. cit.*, p. 259.

63. *Ibid.*, p. 260.

de punir *in casu,* haja vista o julgamento dos fatos pela própria comunidade indígena. Pontificou o magistrado:

> Muito maior que o reconhecimento do direito de punir seus pares, as comunidades indígenas sentirão muito mais fortalecidas em seus usos e costumes, fator de integração e preservação de sua cultura, haja vista que o Estado estará sinalizando o respeito ao seu modo de viver e lidar com as tensões da vida dentro da comunidade.
>
> Há quem pense e diga que [com esta decisão] haja o temor da repercussão social da fragilização do Estado ou o potencial recrudescimento da violência dentro das comunidades indígenas.
>
> Digo o inverso, o Estado não estará fragilizado, pois caso as comunidades indígenas não julguem seus pares, mantém-se o Direito de Punir Estatal, de forma subsidiária.[64]

É interessante notar que o Juiz de Direito rechaçou a alegação da defesa acerca da incidência do princípio do *ne bis in idem*. Reputou descabida a hipótese aventada por entender que as entidades sancionadoras – Estado e povos indígenas – eram distintas, não sendo possível afirmar que o agente delitivo poderia ser condenado duplamente pelo mesmo fato.

A decisão foi alvo de apelo pelo Ministério Público Estadual roraimense, sob os argumentos de transgressão ao monopólio da ação penal pública incondicionada e violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Ao se debruçar sobre o caso, o Tribunal de Justiça de Roraima discordou da fundamentação da sentença *a quo* e reconheceu a potencial violação do princípio do *ne bis in idem*. Asseverou que a vedação do *bis in idem* é um direito humano consagrado em instrumentos normativos internacionais e está implícita no art. 57 do Estatuto do Índio. A Corte refletiu sobre interessantes situações de direito comparado e relembrou o compromisso jurídico do Brasil em fazer cumprir os arts. 9º e 10, 2, da Convenção 169 da OIT, internalizada pelo Decreto 5.051/2004. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> Apelação criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na terra indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do Conselho da Comunidade Indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. Limites do art. 57 do Estatuto

64. BRASIL. Processo 0000302-88.2010.8.23.0090. Juiz Aluizio Ferreira Vieira. j. 03.09.2013. Publicação: 04.02.2014.

> do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de persecução penal. *Jus puniendi* estatal a ser afastado. *Non bis in idem*. Questão de direitos humanos. Higidez do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do direito comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo ministerial desprovido.
>
> – Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado.
>
> – A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio *non bis in idem*.
>
> – O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte.
>
> – Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF.
>
> – Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do *jus puniendi* de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.
>
> – Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida.
>
> – Apelo desprovido.[65]

Destarte, a parte dispositiva decisão de piso restou confirmada pela instância superior.

4.1.3. Ação Penal 5735-10.2010.4.01.4200[66]

A ação penal em epígrafe foi deflagrada por denúncia oferecida em face dos indígenas Moisés da Silva Nascimento e Junior da Silva, que, na madrugada de

65. BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação 0090.10.000302-0. Câmara Única – Turma Criminal. Rel. Des. Mauro Campello. j. 18.12.2015. Publicação: 17.02.2016.

66. CONJUR. *Índios são absolvidos por furto após receberem punição de chefe da aldeia*. 22.06.2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jun-22/indios-sao-absolvidos-furto-receberem-punicao-chefe-aldeia]. Acesso em: 12.07.2016.

11 de agosto de 2009, tentaram subtrair materiais médicos do Posto da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) situado na localidade do Contão, município de Pacaraima/RR.

De acordo com os depoimentos colhidos ao longo da fase instrutória, os denunciados subtraíram a bolsa de uma enfermeira da FUNASA à procura de álcool, para misturar com água e açúcar e ingerirem a bebida assim formada. No entanto, os réus foram surpreendidos antes mesmo de deixar o local, razão pela qual abandonaram a bolsa no terreno do posto de saúde.

Ao ser procurado posteriormente pela enfermeira, o tuxaua Nicodemos Andrade Ramos interpelou os indígenas Moisés e Junior, os quais confessaram a autoria do delito e foram compelidos a capinar o terreno do posto de saúde como forma de punição, bem como para encontrarm os objetos subtraídos. Todos os utensílios foram recuperados, e os acusados passaram uma semana trabalhando nas terras do local do delito. Em seus interrogatórios, ambos afirmaram estar arrependidos e asseveraram que nunca mais se envolveriam com acontecimentos análogos.

Em sede de alegações finais, o Ministério Público Federal pugnou pela absolvição de Moisés da Silva Nascimento e Junior da Silva. O representante do *Parquet* ponderou que estava diante de hipótese de reconhecimento estatal da autonomia da esfera de juridicidade dos indígenas, que demandava o reconhecimento da eficácia da punição estabelecida pelo Tuxaua da Comunidade do Contão sob pena de dupla punição, com afronta à vedação de *bis in idem*.

O Órgão Ministerial ressaltou o caráter fragmentário do direito penal e invocou disposições legais que reconhecem os métodos indígenas tradicionais para repressão de delitos cometidos por índios, a exemplo da Convenção 169 da OIT, do Estatuto do Índio e da Constituição Federal de 1988.

A título subsidiário, o Ministério Público Federal rechaçou a existência de tipicidade material na conduta, posicionando-se pela incidência do princípio da insignificância.

Em sentença proferida em oito linhas, o Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima encampou o arrazoado ministerial e absolveu os réus.

4.2. O princípio do ne bis in idem

Os três casos concretos trazidos à baila têm em comum o fato de terem como réu um indígena ao qual já haviam sido aplicadas sanções pelas respectivas comunidades quando do aporte do processo no Poder Judiciário.

Tal circunstância suscita o debate acerca da viabilidade de processamento de ação penal nesse contexto proposta ante os ditames do princípio do *ne bis in idem*, mais especificamente sobre a possibilidade de um indígena já sancionado de acordo com regras consuetudinárias ser julgado pelos mesmos fatos com vistas à imposição do *jus puniendi* estatal.

Como cediço, o princípio em apreço propaga a vedação de duplo sancionamento ou duplo processamento em razão do cometimento de um mesmo delito. Alberga, em seu íntimo, uma forte noção de equidade, à medida que busca impedir que seja impingida a um sujeito delitivo uma pluralidade de consequências jurídicas em virtude da prática de uma única infração penal.

Leciona Rodolfo Tigre Maia que o *bis in idem* possui uma dúplice perspectiva:

> Sob um ponto de vista ontológico, que é o que releva aqui considerar, manifesta-se como (1) *"bis in idem" material,* consubstanciado no estabelecimento da impossibilidade de imposição ao indivíduo (*ne*) de mais de uma sanção penal (*bis*) em razão de uma mesma prática delituosa (*idem*), e como (2) *"bis in idem" formal,* entendido como proibição da realização (*ne*) de novo processo e/ou investigação criminal, bem como a decorrente realização de um segundo julgamento (*bis*), após o indivíduo ter sido anteriormente julgado por essa razão ou por já estarem em curso processo ou investigação instaurados por idêntico motivo (*idem*).[67]

Com efeito, o princípio do *ne bis in idem* é uma faceta da garantia de segurança jurídica que visa impedir que os cidadãos vivam com o temor de serem demandados pelo Estado de forma recorrente. Cuida-se, pois, de uma pitada de proporcionalidade no *jus puniendi* estatal, a servir de óbice a que punições sejam renovadas a pretexto de franquear a proteção de bens jurídicos.

Entender que a vedação ao *bis in idem* só tem lugar quando a pretensão punitiva emana da mesma agência de controle social (Estado–Estado) e deve ser rechaçado quando a pretensão punitiva é irradiada por outros segmentos institucionalizados (Estado–comunidade indígena) significa reduzir sobremaneira o alcance do princípio e tolher o seu poder garantidor.

Ora, rechaçar a incidência da vedação ao *bis in idem* porque determinada reprimenda emanou de uma comunidade indígena equivale a não reconhecer os métodos consuetudinários de resolução de conflitos baseados numa concepção cultural protegida pela Carta Magna.

67. MAIA, Rodolgo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, ano 4, n. 16, jul./set. 2005. p. 54.

Ainda que não positivados, os métodos alternativos de solução de controvérsias, desde que de aplicação efetivamente comprovada (ainda que por prova testemunhal), devem ser respeitados como reflexo da consagração do direito dos índios à alteridade.

Sob linha de raciocínio semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima invocou o princípio do *ne bis idem* como fundamento para reconhecer a legitimidade de sanção penal cominada por comunidade indígena a um sujeito delitivo e, consectariamente, afastar o manejo da engrenagem estatal para impor uma pena ao mesmo delito. O desembargador relator da Apelação 0090.10.000302-0, interposta no bojo da Ação Penal 0000302-88.2010.8.23.0090, ponderou:

> Se o que denomina o Juiz sentenciante de "Duplo Jus Puniendi" significa que há dois entes juridicamente legitimados a punir uma infração penal, e julgando um deles um certo crime, não poderá se imiscuir o outro no mesmo fato, arrogando para si o direito de examinar a culpabilidade do agente e eventualmente responsabilizá-lo também, pois isto seria se outro modo, justamente, aquilo que veda o brocardo "Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa" (Ninguém deve ser sancionado mais de uma vez por um e mesmo fato), cuja contração correspondo ao *non bis in idem*. Este princípio não implica [apenas] que um mesmo ente não pode punir duas vezes o mesmo fato, e sim, como garantia processual penal ampla do indivíduo, que este não pode ser punido duas vezes por um/pelo mesmo fato, qualquer que seja o ente que o pune.
>
> Tenho que a compreensão para o caso deve ser a que percebe violado o princípio *non bis in idem* no presente caso, não porque seja refratário a novos institutos que possam ser reconhecidos na casuística judicial, mas apenas porque me parece que o "Duplo *Jus Puniendi*" poderia acender um debate paralelo acerca de conflito de jurisdições, e que esse novel instituto não suplantaria adequadamente o argumento da acusação de que se haveria violado na espécie princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sobre este último ponto, se se reconhece que caso é de incompetência da jurisdição estatal em razão da matéria, haja vista o anterior julgamento pela comunidade, esvai-se a alegada violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Ademais, o "Duplo *Jus Puniendi*", aparentemente alicerçado na hipótese de que o direito da comunidade indígena é autônomo em relação ao direito estatal, parece criar uma situação paradoxal, pois, a só tempo, afasta certas normas estatais ("(...) não considero aplicáveis ao caso regras processuais penais (...) já que as normas relativas ao processo (...) são limitadoras ao direito de punir estatal e não ao direito de punir das comunidades indígenas", cf. fls. 224), mas tolera a incidência de outras, como aquelas do Estatuto do Índio.

> Em todo caso, o reconhecimento de situação de *bis in idem* não é apenas uma escolha pela via menos problemática. Este Julgador realmente concorda com Juan Carlos Ferré Olivé quando este diz que "(...) el Principio *ne bis in idem* exige que una vez impuesta la la sanción por parte de su comunidad no pueda volver a imponerse íntegramente una pena estatal".[68]

Assim, o *ne bis in idem* é um elemento a ser considerado quando da análise de ações penais calcadas em fatos delitivos já deslindados no interior de uma comunidade indígena de acordo com os usos e costumes da respectiva etnia.

4.3. Aspectos da pena no direito penal indígena

O Estado de Direito democrático, sacramentado em solo brasileiro pela Constituição de 1988, tem como matérias-primas a diversidade cultural e o pluralismo jurídico, dos quais decorrem, como visto, o reconhecimento dos métodos e das instituições indígenas para a resolução de conflitos de natureza penal.

Esse Estado plural, entretanto, não pode ser escamoteado atrás do véu do preconceito, concebendo o "direito indígena" como algo secundário ou inferior. Ao revés, em matéria de repressão penal de condutas e cominação de sanções por comunidades indígenas (observados os pressupostos outrora abordados), é o Estado quem atuará de forma subsidiária até porque, como observa Márcio Andrade Torres:

> (…) historicamente os índios foram excluídos do contrato social que legitimaria a apreciação de seus atos pelo poder estatal constituído. Apartados do contrato social, o direito estatal perde, em determinado grau, quanto a eles, legitimidade para ditar e proteger seus direitos fundamentais.[69]

Deveras, em relações indígenas internas, autônomas e autorreferentes, as regras hermenêuticas típicas do direito estatal não têm boa penetração, porquanto discrepantes dos valores arraigados ao grupo. Em casos de homicídio, *verbi gratia*, a privação de liberdade do ofensor nem sempre é vista pela comunidade como a melhor resposta, sobretudo ante a perda de força de trabalho num grupamento social em que a noção de coletividade é muito forte.

68. BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação 0090.10.000302-0. Câmara Única – Turma Criminal. Rel. Des. Mauro Campello. j. 18.12.2015. Publicação: 17.02.2016.

69. TORRES, Márcio Andrade. O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, ano 4, n. 46, 2015. Edição Especial. p. 104.

Viu-se que, tanto na Ação Penal 92.0001334-1 como na 0000302-88.2010.8.23.0090, respectivamente examinadas nos itens 4.1.1 e 4.1.2, os agentes delitivos foram banidos apenas do convívio com as aldeias que habitavam e compelidos a trabalhar em prol da comunidade, inclusive com o fito de proporcionar alguma reparação aos familiares da vítima. A natureza das sanções aplicadas e a sua cominação por uma instância colegiada formada por líderes comunitários e familiares de autor e vítima revelam um verdadeiro exercício de justiça restaurativa e a utilização da sanção como prática compensatória.

O liame entre direito penal estatal e direito penal indígena é analisado de forma bastante didática por Luiz Fernando Villares:

> Antes de tudo, é necessário chamar atenção para o fato de que na maioria das sociedades indígenas não existe um sistema jurídico nem ao menos próximo ao Direito. Não lhes é oportuno falar numa ordem que procura separar um regramento de leis e princípios. São normas ligadas quase sempre à moral e aos costumes. Por isso, se a tradição de nosso Direito separa as atividades da vida em atos jurídicos civis, públicos e penais, numa distinção artificial de campos de liberdades maiores ou menores, as sociedades indígenas, em sua grande maioria, não fazem distinção alguma dos atos e seus reflexos. Não existe sequer a distinção polêmica que fazemos entre a moral e uma "regra jurídica". As culturas indígenas têm um ordenamento de valores protegidos e incentivados e ações proibidas. O uso de retribuições e penas para determinadas condutas é constante, mas os pressupostos da pena prevista anteriormente e de algum procedimento formal para impingi-las não é regra. Geralmente, as decisões são calcadas nos costumes e tradições de cada povo indígena e sua aplicação é imediata ou decidida pela reunião da comunidade ou de seus líderes ou até perpetrada pelo próprio ofendido.[70]

Assim, para um observador externo, as sanções aplicadas por indígenas podem parecer demasiado brandas e inefetivas ou, por vezes, assaz rigorosas e até cruéis. O mais importante, contudo, é que sejam infligidas a partir de uma norma aceita pela comunidade e inerente a suas tradições, ainda que lancem seus tentáculos também sobre a família do infrator, ante o coletivismo imperante. É que, em algumas comunidades, "o *mundo espiritual* prevalece sobre a *verdade real*, num modelo reverso ao que privilegia o princípio da presunção da inocência"[71] (grifos do autor).

70. VILLARES, Luiz Fernando. *Op. cit.*, p. 23-24.

71. TORRES, Marcio Andrade. O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, ano 4, n. 46, 2015. Edição Especial. p. 107.

Cumpre advertir, no entanto, que a incidência das penas aplicadas pela própria comunidade indígena esbarra no respeito aos direitos humanos universalmente consagrados. O art. 57 do Estatuto do Índio preconiza que não serão toleradas penas de caráter cruel e infamante, vedando peremptoriamente a pena de morte. Trata-se de previsão legal harmônica com a Convenção 169 da OIT, cujo art. 9º vaticina a necessidade de observância aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Donde, mesmo um Estado de Direito pluralista e multicultural não pode transigir com violações de direitos humanos, não sendo possível aceder peremptoriamente com qualquer espécie de sanção penal indígena[72].

O Projeto de Lei 2.057/1991, que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas e pretende substituir a Lei 6.001/73, traz dispositivos que versam sobre a sanção criminal. O art. 227 conclama o respeito às resoluções de conflitos das comunidades indígenas realizadas entre seus membros e de acordo com seus usos, seus costumes e suas tradições, inclusive se resultarem em sanções ou absolvições. Já o art. 232 do mesmo projeto prevê a possibilidade de o juiz deixar de aplicar pena quando considerar que a sanção aplicada pela comunidade indígena foi suficiente para a reprovação do delito.[73]

Constata-se, assim, que todos os três casos concretos trazidos à baila anteriormente seguiram os fundamentos ora esposados e, com seus veredictos, privilegiaram uma concepção de justiça penal que abarcou o pluralismo não como uma uniformidade de valores, mas como um *locus* onde várias culturas podem dialogar entre si.

Em síntese, a aplicação irrestrita do "direito penal oficial" aos povos indígenas não atende à finalidade da pena, porquanto tem o condão de impor a uma comunidade medidas que não necessariamente prevenirão a prática de novos ilícitos, tampouco retribuirão a conduta de forma adequada aos olhos do grupo.

5. Considerações finais

O pluralismo jurídico é um tempero que deve dar sabor ao direito penal. Admitir a existência de uma "jurisdição étnica", na qual cada comunidade

72. Para uma reflexão acerca dos limites da tolerância acerca da jurisdição indígena, sob uma perspectiva diferente, *vide* KYMLICKA, Will. The good, the bad, and the intolerable: minority group rights. In: GOODALE, Mark. *Human rights*: an anthropological reader. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2009. p. 63-66.

73. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Op. cit.*, p. 64.

indígena tem autonomia para encontrar seus próprios mecanismos apaziguadores de conflitos, não implica o afastamento peremptório do direito penal estatal. Ao revés, tal hipótese acena para outras receitas que, sem descurar do escopo de controle social, permitem alvitrar sanções de caráter prospectivo, mais palatáveis, por serem resultado de regras culturalmente introjetadas pelos povos indígenas.

A Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais recepcionados pelo Brasil conferem o fundamento jurídico necessário à aceitação de instâncias indígenas de resolução de conflitos, seja por consagrarem o direito à igualdade na diferença, seja por acarretarem, indiretamente, a concretização de uma resposta penal satisfatória tanto sob o ponto de vista retributivo como preventivo, mas por meio de uma linguagem culturalmente assimilável pelos índios.

Ignorar regras consuetudinárias de dirimição de controvérsias pode significar admitir que um indígena seja duplamente punido pela prática de um ilícito penal: uma de acordo com as práticas da comunidade onde está inserido e uma em consonância com o direito estatal, numa ignominiosa afronta ao princípio da vedação ao *bis in idem*.

A sanção criminal no direito penal indígena deve ser lida através da lente do direito à alteridade, a nos mostrar que a identidade do Estado brasileiro não é monolítica e que o diálogo entre ordens jurídicas estatais e extraestatais não vulnera a soberania da Terra de Santa Cruz.

Subjacente à discussão proposta, reside a tensão entre o direito à sobrevivência do sujeito individual vítima de uma infração penal e o do sujeito coletivo comunidade indígena, e sua identidade expressada por meio de costumes e tradições, cuja preservação é exortada pela Constituição Cidadã.

6. Referências bibliográficas

AFFONSO, Lucyana Marina Pepe. Apontamentos sobre persecução e execução penal em face de indígena. *In*: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília, DF: ESMPU, 2015. p. 243-286.

ALBARADO, Ádria. Roraima: 46% do território pertence a povos indígenas. *Portal Amazônia*. Boa Vista, 31.05.2013. Disponível em: [portalamazonia.com/detalhe/noticia/roraima-46-do-territorio-pertence-a-povos-indigenas/?cHash=736741c4bea72cbeb63334701303684c]. Acesso em: 13.07.2016.

ASSIS, Wilson Rocha. *Arranjos constitucionais do multiculturalismo na Colômbia*. Disponível em: [www.academia.edu/11259108/Arranjos_constitucionais_do_multiculturalismo_na_Col%C3%B4mbia]. Acesso em: 01.08.2016.

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline Rezende Peres. *"Sabe com quem está falando?"*: algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo: texto-base da apresentação no Seminario em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política – SELA, organizado pela Yale Law School. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: [www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/SELA_Yale_palestra_igualdade_versao_fina.pdf]. Acesso em: 25.08.2016.

BELLOQUE, Juliana Garcia; REZENDE, Guilherme Madi; NOLAN, Michael Mary. Reforma do CP traz avanço no tratamento penal do índio. *CONJUR*, 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-jun-21/reforma-codigo-penal-traz-avanco-tratamento-penal-indio]. Acesso em: 11.07.016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm]. Acesso em: 12.07.2016.

BRASIL. Decreto n. 6.177, de 1º de agosto de 2007. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm]. Acesso em: 12.07.2016.

BRASIL. Processo n. 0000302-88.2010.8.23.0090. Juiz Aluizio Ferreira Vieira. j. 03.09.2013. Publicação: 04.02.2014.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 236 de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404]. Acesso em: 02.08.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1373007/BA. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca. *DJe* 01.06.2016. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1373007&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO]. Acesso em: 02.08.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* n. 85198/MA. Rel. Eros Grau. *DJ* 09.12.2005. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885198%2ENUME%2E+OU+85198%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lrxzzf7]. Acesso em: 02.08.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação n. 0090.10.000302-0. Câmara Única – Turma Criminal. Rel. Des. Mauro Campello. j. 18.12.2015. Publicação: 17.02.2016

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Teorias atuais da pena e o projeto de reforma brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 22, n. 22, p. 186-200, 1985.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 46, n. 183, p. 55-66, jul./set. 2009.

COLOMBIA. Proceso de tutela T-30116. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. j. 30.05.1994. Disponível em: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm]. Acesso em: 01.08.2016.

CONJUR. *Estado não pode punir índio que já foi condenado por sua tribo, decide TJ-RR*. 20.02.2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-20/estado-nao-punir-indio-foi-condenado-tribo]. Acesso em: 11.07.2016.

CONJUR. *Índios são absolvidos por furto após receberem punição de chefe da aldeia*. 22.06.2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jun-22/indios-sao-absolvidos-furto-receberem-punicao-chefe-aldeia]. Acesso em: 12.07.2016.

DECLARAÇÃO das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: [www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf]. Acesso em: 12.07.2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 49-79.

DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade. In: DUPRAT, Deborah. *Pareceres jurídicos*: direitos dos povos e das comunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007. p. 9-19.

FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. O direito penal e o índio: desafios históricos sob a nova perspectiva constitucional. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, v. 6, n. 1, 2015. p. 69-85.

HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio. *Direito Penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 335-344.

KYMLICKA, Will. The good, the bad, and the intolerable: minority group rights. In: GOODALE, Mark. *Human rights*: an anthropological reader. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2009. p. 58-67.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, ano 4, n. 16, p. 11-75. jul./set. 2005.

MARÉS, Carlos Frederico. Constituição de outros países. *Portal Povos Indígenas no Brasil*. Disponível em: [pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/constituicoes/constituicoes-de-outros-paises]. Acesso em: 01.08.2016.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, José Lisboa Moreira de. *O conceito antropológico de cultura*. Disponível em: [www.ucb.br/sites/000/14/PDF/OconceitoantropologicodeCultura.pdf]. Acesso em: 25.08.2016.

PONTES, Bruno Cézar Luz. O índio e a Justiça Criminal brasileira. *In:* VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 167-223.

QUEIROZ, Paulo. *Jurisdição penal indígena*. Brasília, DF, 09.01.2015. Disponível em: [www.pauloqueiroz.net/jurisdicao-penal-indigena]. Acesso em: 02.07.2016.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios: solução de conflitos segundo seus costumes. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1.857, 01.08.2008. Disponível em: [jus.com.br/artigos/11533]. Acesso em: 11.07.2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena:* finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Larissa Tefen. O multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *NEJ – Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, n. 2, v. 11, p. 313-322, jul./dez. 2006. Disponível em: [siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/440/382]. Acesso em: 12.07.2016.

SILVA, Tedney Moreira da. *No banco dos réus, um índio*: criminalização de indígenas no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

SOUZA, Estella Libardi de. *Povos indígenas e o direito à diferença*: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PLURALISMO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS. 2008, Florianópolis. *Trabalho 4*: diversidade, identidades e culturas latino-americanas. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: [egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf]. Acesso em: 11.07.2016.

TORRES, Márcio Andrade. O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, ano 4, n. 46, p. 97-117, 2015. Edição Especial.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito Penal na ordem jurídica pluriétnica. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 15-27.

WAGNER, Daize Fernanda. *A pena privativa de liberdade entre os povos indígenas do Oiapoque*: modelo próprio de execução penal? Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cf5d42e34cfeb8a]. Acesso em: 13.07.2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

YAMADA, Erika M.; BELLOQUE, Juliana G. Pluralismo jurídico: direito penal, direito indígena e direitos humanos: uma análise do art. 121 do Código Penal brasileiro. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 123-138.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAMBRANO, Carlos Vladimir. *Constitucionalidad, inimputabilidad e inculpabilidad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Grupo de Investigación Relaciones Interétnicas y Diversidad Cultural, 2004. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/carlos_zambrano.pdf]. Acesso em: 31.07.2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A natureza jurídica do direito concernente aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, de Mauricio Jorge Pereira da Mota – *RTRJ* 3/15-56 (DTR\2014\3223); e
- As normas punitivas dirigidas aos índios que viviam nas aldeias comandadas pelos jesuítas nas reduções do Paraguai, do Maranhão e do Pará entre os séculos XVII e XVIII, de Júlia Teixeira de Melo – *RBCCrim* 117 (DTR\2016\117).

Contribuições e desafios da psicologia nos procedimentos de execução penal: um estudo qualitativo com profissionais da região central do Estado de São Paulo

Contributions and challenges of psychology in penal enforcement procedures: a qualitative study with professionals in the central region of the State of São Paulo

Fábio de Carvalho Mastroianni

Mestre em Ciências (2006) e Especialista em Dependência de Drogas (2004) pela Universidade Federal de São Paulo. Psicólogo formado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2002). Professor de Psicologia e Direito dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade de Araraquara. Psicólogo Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo.
psicomastroianni@gmail.com

Aline Lima Gonçalves

Psicóloga formada pela Universidade de Araraquara (2015).
line1718@hotmail.com

Jeanne Geralda de Sousa

Psicóloga formada pela Universidade de Araraquara (2015).
jeannesousa1@hotmail.com

Lídia Dalila Felício Martins

Psicóloga formada pela Universidade de Araraquara (2015).
idafema@hotmail.com

Raimunda Bernardo Souto

Psicóloga formada pela Universidade de Araraquara (2015).
ray.bernardo@hotmail.com

Recebido em: 12.07.2016
Aprovado em: 03.09.2016
Última versão autores: 27.09.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: A aproximação entre Psicologia e Direito ocorreu inicialmente no campo do Direito Penal, exigindo-se desde então discussões sobre a intersecção

Abstract: The approach between Psychology and Law initially occurred in the field of Penal Law and since this gathering, discussions on the inter-

Carvalho Mastroianni, Fábio de; Gonçalves. Aline Lima; Sousa, Jeanne Geralda de; Martins, Lídia Dalila Felício; Souto; Raimunda Bernardo. Contribuições e desafios da psicologia nos procedimentos de execução penal: um estudo qualitativo com profissionais da região central do Estado de São Paulo.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

destes saberes. Buscou-se identificar as atividades realizadas pelos psicólogos que atuam em penitenciárias, visando conhecer as contribuições e as dificuldades desta função, no exercício dos procedimentos de execução penal. Trata-se de uma pesquisa de caráter exploratório e de referencial qualitativo, a partir de uma amostra composta por técnicos de três distintas penitenciárias da região central do estado de São Paulo. Durante a realização do estudo, nove profissionais integravam o quadro destas unidades, mas apenas cinco aceitaram participar. Os profissionais atribuem à Psicologia penitenciária o papel de diminuir o sofrimento psíquico e proporcionar um espaço que promova a qualidade de vida e a reintegração dos indivíduos. No entanto, os discursos indicam que mesmo após os debates em torno da atuação dos psicólogos no âmbito prisional ainda predomina a prática de elaboração de laudos e se prioriza a segurança em detrimento da ressocialização, impedindo os profissionais de oferecer contribuições mais significativas ao crescimento dos reeducandos. Conclui-se que apesar dos avanços nas legislações e resoluções da categoria, os profissionais ainda encontram dificuldade para atuar de forma mais efetiva e promover a reintegração social.

Palavras-chave: Sistema prisional – Psicologia penitenciária – Psicologia e execução penal – Análise de conteúdo – Pesquisa qualitativa.

section of this knowledge became necessary. This study sought to identify the activities carried out by psychologists who work in prisons, aiming to know the contributions and the difficulties of this function, in the exercise of penal enforcement proceedings. This is an exploratory qualitative research and reference, from a sample of technicians in three different penitentiaries in the central region of São Paulo. During the study, nine professionals were part of the frame of these units, but only five agreed to participate. Professionals attribute to penitentiary Psychology the role of reducing psychological distress and provide a space that promotes quality of life and reintegration of individuals. However, the speeches show that even after the debate on the role of psychologists in the prison context still dominates the practice of preparing valuation reports and gives priority to security at the expense of rehabilitation, preventing professionals to offer more significant contributions to the growth of reeducations. It concludes that despite advances in the laws and resolutions of the category, professionals still face difficulties to act more effectively to and promote social reintegration.

Keywords: Prison system – Penitentiary Psychology – Psychology and penal enforcement – Content analysis – Qualitative research.

Sumário: 1. Introdução. 2. Objetivos. 3. Método. 3.1. Participantes. 3.2. Cuidados éticos. 3.3. Materiais e instrumentos. 3.4. Local e período de coleta. 3.5. Procedimentos de coleta de dados. 3.6. Procedimentos de análise de dados. 4. Resultados e discussão. 4.1. Sobre a prática profissional e as dificuldades encontradas. 4.2. Sobre a autonomia e a relação com os outros profissionais. 4.3. Sobre a efetividade do sistema prisional e o trabalho de ressocialização. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

As primeiras aproximações entre a Psicologia e o Direito iniciaram-se no século XVIII, com enfoque em temas relacionados ao Direito Penal. Os estudos buscavam "desvendar o enigma" de alguns crimes sem razão aparente, o que favoreceu a aproximação das ciências jurídicas com as ciências ligadas à área

de saúde mental, tais como a Psicologia e a Psiquiatria, entre outras (BRITO, 2012; LAGO *et al*., 2009). Neste sentido, o encontro ocorreu primeiramente no campo da Psicopatologia, no qual o diagnóstico clínico exercia um papel fundamental (CARVALHO, 2004; MIRANDA JÚNIOR, 1998; JACÓ-VILELA, 1999).

Para os operadores do Direito, os psicodiagnósticos eram considerados instrumentos que ofereciam dados comprováveis para orientá-los em suas decisões (BRITO, 2012; LAGO *et al*., 2009). Acreditava-se que as técnicas empregadas seriam precisas e suficientes para revelar conteúdos psíquicos ou mesmo prever comportamentos (BRITO, 2012; FERNANDES *et al*., 2005). Deste modo, as aplicações se estenderam também para o que se denominou de "Psicologia do testemunho", área que tinha por finalidade avaliar a fidedignidade do relato de entrevistados em processos jurídicos (ALTOÉ, 2001).

Nesse contexto, a Psicologia passou a ser utilizada pelos juristas como uma alternativa metodológica para a efetiva aplicação da lei e a prática profissional, voltando-se quase que exclusivamente para a realização de perícia baseada no psicodiagnóstico e na aplicação de testes (BRITO, 2012; FERNANDES *et al*., 2005; ALTÓE, 2001). Para Foucault (2002) a Psicologia, a partir desta aproximação, passou a ser utilizada para substituir, cientificamente, o inquérito na produção da verdade jurídica.

O laudo informando à instituição judiciária um mapa subjetivo do sujeito diagnosticado servia para melhor classificar e controlar os indivíduos (MIRANDA JÚNIOR, 1998). O perito trazia aos autos um laudo com argumentos técnicos que esclareciam a "verdade" do fato posto em questão, servindo, portanto aos paradigmas de um Estado intervencionista que visava controlar os cidadãos (FRANÇA, 2004). Para a autora, este papel contribuiu para que a Psicologia estabelecesse uma relação de subordinação com o Direito, na medida em que estes testes e relatórios muitas vezes se constituíam em uma "sentença psicológica", auxiliando o Direito no exercício do controle social.

Este predomínio do pensamento positivista favoreceu o estudo do indivíduo sem considerar os aspectos sociais e históricos que o constituem e, ao enfocar-se demasiadamente no diagnóstico clínico do sujeito, o papel do psicólogo praticamente se restringiu à realização de perícias (BRITO, 2012; FRANÇA, 2004; ALTOÉ, 2001; JACÓ-VILELA, 1999). No Brasil, sob uma nova perspectiva, esta função começou a ser questionada somente por volta dos anos de 1980 e 1990, exigindo-se do psicólogo em sua relação com o indivíduo e a sociedade uma função mais crítica, devendo este, portanto abandonar a posição de quem opera como um sentenciador (pré-julgador) para aquele que se preocupa com o desenvolvimento e o crescimento dos indivíduos em sociedade (BRITO, 2012; FRANÇA, 2004).

Estes questionamentos e a necessidade de se modificar a relação entre a Psicologia e o Direito, tornando-as ciências complementares e não mais pautadas numa relação de subordinação e hierarquia, conforme sugere França (2004), se mostra ainda mais relevante quando se discute a atuação de psicólogos no sistema prisional. Foi por meio da Lei 7.210/1984 (BRASIL, 1984), conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), que se delimitou o trabalho do psicólogo no sistema penitenciário. No entanto, mesmo antes da criação desta lei, alguns psicólogos já desenvolviam suas práticas nos denominados manicômios judiciários, conhecidos hoje como Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (CARVALHO, 2004).

De acordo com Sá (2011), até os anos de 1970 a orientação teórica e as práticas da criminologia clínica se situaram no modelo médico-psicológico, baseado em um referencial positivista e causalista que enfatizava as condições predisponentes para o crime e a questão relativa à cessação da periculosidade. A partir da década de 1980, os serviços técnicos ganharam maior abrangência e penetração no dia a dia do presídio, saindo do tecnicismo dos serviços de perícia e alcançando maior dinamismo na execução da pena e na assistência aos sentenciados.

Neste contexto, as práticas dos psicólogos e assistentes sociais ganharam maior espaço e independência em relação aos exames médicos, uma vez que os exames criminológicos tornaram-se, de fato, interdisciplinares e os estudos passaram a ser igualmente valorizados na conclusão. Para o autor, grande parte destas mudanças deve ser atribuída à reforma penal de 1984, que passou a prever a implantação das Comissões Técnicas de Classificação (CTC), o parecer das CTC, o exame criminológico inicial, feito para a individualização apena, o exame de personalidade e outras providências.

De acordo com a lei 7.210/1984 (BRASIL, 1984, art. 7º) o psicólogo deverá compor a equipe CTC, presidida pelo diretor da unidade e constituída também por assistentes sociais, psiquiatras e chefes de serviço. A esta comissão cabe elaborar o programa individualizador e realizar o acompanhamento das execuções de penas privativas de liberdade, devendo propor, através dos pareceres, progressões e regressões dos regimes (fechado, semiaberto e aberto), bem como as conversões (Art. 6º).

Embora a legislação tivesse reconhecido a importância da Psicologia nos procedimentos de execução penal, regulamentou a participação dos psicólogos nas referidas comissões como um dos agentes responsáveis pela regulação ou não da privação de liberdade dos sentenciados através dos pareceres (CARVALHO, 2004). As responsabilidades atribuídas aos agentes coadunam com algumas das conclusões apontadas por Foucault (1987, p. 154) a respeito da

vigilância e disciplina em substituição à punição: "Tal exame combina técnicas da hierarquia que vigia e da sanção que normaliza. Diz respeito a um controle de normalização, uma vigilância que permite classificar, qualificar e punir".

Já no início deste século, por meio da Lei 10.792/2003 (BRASIL, 2003), ocorreram algumas alterações na lei de 1984, principalmente no que se refere às atribuições da equipe (CTC). A necessidade de propor as progressões, regressões ou conversões entre os regimes foi retirada do artigo 6º, mas na prática, a atuação do psicólogo se manteve inalterada. Segundo Sá (2011), a partir do ano 2000, houve uma conscientização crescente por parte dos psicólogos que atuam no sistema prisional no sentido de cada vez mais aderirem a uma visão humanista do preso, considerando-o não mais como um criminoso, mas como pessoa.

Diante deste contexto, a categoria profissional dos psicólogos se posicionou contra o modelo vigente, concluindo que a realização do exame criminológico viola o direito à intimidade e à personalidade, não devendo, portanto ser mantido enquanto dispositivo disciplinar (BRASIL, 2007). No ano de 2005, ocorreu o I Encontro Nacional de Psicólogos do Sistema Prisional, organizado pelo CFP (Conselho Federal de Psicologia) em parceria com o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). Esse encontro constituiu-se no marco inicial das discussões que resultaram em mobilizações na busca de uma nova forma de contribuição da Psicologia perante o sistema penitenciário.

Essas discussões contaram com o envolvimento dos conselhos regionais e de psicólogos que atuavam em penitenciárias, culminando na elaboração de documentos tais como: A Carta – Manifesto Contra o Exame Criminológico, elaborada pelo CFP no ano de 2006; uma Moção contra o Exame Criminológico no ano de 2008, organizada pelos profissionais da categoria e, principalmente, as Diretrizes para Atuação e Formação dos Psicólogos do Sistema Prisional Brasileiro publicada em 2007 como resultado da parceria entre CFP, DEPEN e o Ministério da Justiça (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2012).

Por meio destes documentos os psicólogos buscavam extinguir a realização dos exames criminológicos, justificando que estas práticas, além de burocráticas, estigmatizantes, classificatórias e violadoras dos direitos humanos, contrastavam com o código de ética da categoria (CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA, 2008). Os princípios fundamentais do Código Ética Profissional do Psicólogo (CEPP, 2005) ressaltam a necessidade de pautar o trabalho no respeito e na promoção da liberdade, visando promover a saúde e a qualidade de vida das pessoas e contribuir para a eliminação de quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essas reivindicações levaram o CFP a elaborar uma resolução (09/2010) que vetava ao psicólogo a execução do exame criminológico. No entanto, os embates gerados entre a categoria, os operadores do Direito e a sociedade em geral, acarretaram em sua suspensão e, posteriormente na revogação. Esta última ocorreu após um longo período de debates e na publicação de uma nova resolução (12/2011) e nela foram ratificados os princípios éticos, definindo-se que na realização de exame no contexto de execução penal é vedada a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexo causal a partir do binômio delito-delinquente, devendo-se compreender os sujeitos na sua totalidade histórica, social, cultural, humana e emocional (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2011a; 2011b; 2012).

Diante dos impasses vivenciados em todo o histórico do sistema prisional como instrumento de medida punitiva, torna-se viável e relevante questionar de que maneira a Psicologia, como ciência que deve considerar o ser humano em todas as suas dimensões, pode contribuir neste contexto de privação de liberdade e nos procedimentos de execução penal. Este, talvez seja um dos maiores desafios para a Psicologia no campo penal, pois conforme afirma Mameluque (2006, p. 629): "Até agora, a Psicologia jurídica é uma área carente de bibliografia, pesquisas e intercâmbio profissional".

Para Sá (2011) a Psicologia, como uma das ciências que compõe a Criminologia Clínica, deve se indagar de que forma pode contribuir para o desenvolvimento de estratégias que permitam aos indivíduos envolvidos com a justiça um sucesso saudável quando retornarem ao convívio social. O autor adverte sobre a necessidade da Criminologia Clínica se redimir e se desvencilhar de seu modelo médico-psicológico, avançando rumo a concepções mais abrangentes e compreensíveis, que visem, principalmente, a inclusão social.

No entanto, o senso comum e a forma pela qual o Direito e Psicologia se cruzaram ainda preservam resquícios que se exige indagar de que modo os profissionais que atuam no âmbito do sistema prisional têm conduzido as suas práticas, bem como explorar quais dificuldades ainda encontram para promover contribuições mais significativas aos procedimentos de execução penal. Nas últimas décadas, muitos debates promoveram avanços e alterações tanto nas legislações quanto nas resoluções da categoria. Contudo, cabe questionar se estes dispositivos são ou não suficientes para garantir uma atuação mais efetiva dos psicólogos no sistema prisional.

2. Objetivos

O estudo buscou identificar as atividades realizadas pelos psicólogos (agentes técnicos de assistência à saúde) que atuam em penitenciárias, visando conhecer as contribuições e as dificuldades desta função, no exercício dos procedimentos de execução penal.

3. Método

Este estudo é de caráter exploratório e se baseou em um referencial qualitativo de pesquisa que, de acordo com Yin (2016), tem como finalidade a obtenção de dados descritivos através de um contato direto e interativo entre pesquisador e o objeto de estudo, constituindo-se por dados obtidos a partir de um pequeno número de casos sobre um grande número de variáveis. Sob esta perspectiva, o pesquisador busca compreender os fenômenos a partir do ponto de vista dos participantes. Para Martins (2004), a pesquisa qualitativa tem o objetivo de expressar o sentido dos fenômenos no mundo social, reduzindo a distância entre a teoria e os dados, o contexto e a ação, caracterizada pela realização de um exame intensivo dos dados coletados.

3.1. Participantes

Para compor a amostra foram selecionados psicólogos que atuam no sistema prisional de 3 (três) unidades distintas, localizadas em dois municípios da região central do estado de São Paulo. A denominação correta para os profissionais lotados nestas instituições é: *agente técnico de assistência à saúde – psicólogo*. Duas das unidades prisionais selecionadas destinam-se à população masculina e a terceira para a população feminina. Apenas uma das instituições masculinas é de regime provisório enquanto as demais são de regime fechado. Privilegiou-se selecionar unidades que trabalhassem com diferentes gêneros, visando assim ampliar a compreensão e a exploração sobre os diversos campos de atuação da Psicologia no sistema prisional. Durante a realização do estudo, nove profissionais integravam o quadro destas unidades e todos foram contatados.

3.2. Cuidados éticos

Por se tratar de estudo envolvendo seres humanos, a pesquisa foi submetida à avaliação de um comitê de ética em pesquisa, com a finalidade de garantir a proteção da integridade dos participantes da pesquisa e segurança dos pesqui-

sadores. O projeto foi aprovado sob o CAAE 41771215.2.0000.5383 e, seguindo as normas exigidas para realização de pesquisas em instituições prisionais, o Comitê de Ética em Pesquisa da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo também avaliou o projeto, na condição de instituição coparticipante, emitindo parecer favorável sob o CAAE 41771215.2.3001.5563.

A coleta de dados foi realizada apenas com os profissionais que concordaram em participar do estudo e, partindo do pressuposto ético de que o assunto abordado poderia mobilizar emoções e lembranças, os pesquisadores informaram que tais aspectos poderiam ser atenuados através da sugestão de encaminhamento dos entrevistados para instituição ou indicação de profissional da área de Psicologia. Todos estes esclarecimentos foram realizados durante a apresentação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), recomendado pela Resolução 466/12 (BRASIL, 2013).

3.3. Materiais e instrumentos

Para obtenção dos dados foram realizadas entrevistas individuais com os participantes, baseadas em um roteiro semiestruturado contendo perguntas relacionadas à atuação dos participantes nas instituições prisionais, tais como: *"Qual o papel do psicólogo dentro desta instituição?"*; *"Como é para você trabalhar em uma penitenciária?"; "Quais as dificuldades encontradas neste campo de atuação?"*; *"Quais as práticas realizadas pelos psicólogos em uma instituição prisional?"*. As questões que compuseram este roteiro foram elaboradas pelos próprios pesquisadores, após realizarem a revisão da literatura sobre o tema. Para a condução das entrevistas foram utilizados os seguintes instrumentos: gravador tipo MP3, uma folha com o roteiro da entrevista para nortear os pesquisadores e o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) que foi devidamente assinado pelos profissionais.

3.4. Local e período de coleta

O local para a realização das entrevistas foi determinado de acordo com a disponibilidade dos participantes. Algumas das entrevistas foram realizadas dentro da própria unidade prisional, enquanto outros preferiram que tais procedimentos ocorressem em suas próprias residências. Tais procedimentos ocorreram durante os meses de abril e junho de 2015, em dias e horários previamente estabelecidos junto aos profissionais. As entrevistas tiveram entre 45 e 60 minutos de duração, permitindo-se realizá-las em apenas um encontro com cada participante.

3.5. Procedimentos de coleta de dados

As entrevistas foram realizadas individualmente e em um ambiente onde os participantes pudessem se sentir à vontade, priorizando-se o sigilo e os cuidados para preservar a qualidade do áudio. Após a apresentação dos objetivos da pesquisa, esclarecimentos gerais e consentimento dos participantes, eles foram orientados a se apresentar para que, ao longo da entrevista e no momento adequado, as questões que compõem o roteiro semiestruturado pudessem ser introduzidas.

3.6. Procedimentos de análise de dados

Após a gravação, as entrevistas foram transcritas na íntegra e, visando preservar a identidade, os participantes foram identificados através de uma letra e um número, obtendo-se a seguinte sequência: P1, P2, P3, P4 e P5. Cada entrevista foi lida tantas vezes quanto necessário a fim de que a compreensão das respostas fosse a mais completa e clara possível. Em seguida, utilizou-se a técnica de análise de conteúdo, definida como uma técnica de tratamento de dados de pesquisa voltada para uma descrição objetiva e sistemática do conteúdo das mensagens (BARDIN, 1977).

Embora esta técnica tenha suas origens na pesquisa quantitativa, busca a interpretação de materiais de caráter qualitativo, classificando as mensagens em categorias que permitam entender o significado das comunicações (CAREGNATO; MUTTI, 2006; GOMES, 2012; DESLANDES, 2012). A análise das entrevistas possibilitou encontrar as seguintes categorias temáticas: a) sobre a atuação do psicólogo; b) dificuldades e desafios no exercício da função; c) visão dos outros profissionais sobre a Psicologia no sistema prisional; d) autonomia e relações entre os profissionais; e e) efetividade do sistema e o trabalho de ressocialização.

Bardin (1977) denomina este processo de categorização como uma classificação dos elementos conforme a diferenciação, seguida de reagrupamento de acordo com os critérios previamente definidos. A partir daí, foram realizadas inferências, interpretações e hipóteses em relação ao tema investigado, conforme sugerido por Gomes (2012) e Deslandes (2012). Privilegiou-se o referencial qualitativo de pesquisa porque este método possibilita a compreensão dos fenômenos sociais que envolvem determinado tema, permitindo entendê-los sob a ótica das pessoas envolvidas diretamente com a questão (YIN, 2016; FONTANELLA; RICAS; TURATO, 2008; CAREGNATO; MUTTI, 2006; DUARTE, 2002).

4. Resultados e discussão

Entre os nove profissionais contatados que integravam as três unidades selecionadas neste estudo, somente cinco agentes aceitaram participar e, portanto, compuseram a amostra. Destes, dois atuam em uma penitenciária feminina, enquanto os demais, em duas distintas unidades prisionais com população masculina. Apenas um dos participantes é do sexo masculino e o tempo de experiência dos agentes nesta área variou entre três e quinze anos. Todos são concursados e descreveram a divulgação da prova do concurso como o elemento que despertou o interesse por este campo de atuação. Somente um dos participantes declarou que já almejava trabalhar no sistema prisional desde a época da graduação.

É importante destacar que se trata de um estudo exploratório e que, embora a pesquisa de caráter qualitativo permita análises com poucos participantes, não se deve olvidar que a pesquisa abordou somente um pequeno grupo de profissionais. As representações e considerações aqui apresentadas devem levar em consideração que em outras realidades é possível realizar interpretações distintas, uma vez que em outras unidades, regiões e estados; pesquisadores poderão se deparar com diferentes realidades.

Os participantes se sentiram à vontade para discorrer sobre as suas atividades, assim como as dificuldades e desafios que encontram no exercício de suas funções. Apesar da singularidade de cada profissional, não se observaram, independente da unidade, gênero do agente ou tipo de população a qual o trabalho se dirige, divergências entre os discursos. Para melhor visualização dos dados, os resultados estão divididos em três partes, de acordo com as categorias de resposta encontradas na análise: prática profissional e dificuldades encontradas; autonomia e relações de trabalho e efetividade do sistema prisional e o trabalho de ressocialização.

4.1. Sobre a prática profissional e as dificuldades encontradas

De modo geral, os agentes atribuem à Psicologia, dentro do sistema prisional, o papel de diminuir o sofrimento psíquico e acolher as demandas atuais, proporcionando um espaço que promova a liberdade individual do sujeito. Acreditam que o seu papel caminha no sentido de humanizar e proporcionar um espaço de expressão da subjetividade, constituindo-se esta, apesar das limitações impostas pelo sistema, a sua maior contribuição:

> A atuação do psicólogo (pausa) é angustiante, porque não dá pra atingir todos (...) a minha função no presídio é diminuir o sofrimento psíquico... É o suporte,

> suporte emocional, suporte afetivo (P1). (A Psicologia) é um espaço de acolhimento basicamente (...) eu acho que seria o papel daquele que ouve e não o que pune né (P2). É de fazer esta escuta, esse olhar pro indivíduo, um olhar humanizado, mas o principal da Psicologia é isso, o olhar para o ser humano (P3). Trabalhar com humanização, sempre vendo aquela pessoa não como um número, mas como um ser subjetivo com uma história de vida, em um sistema que é tão desumanizado (P4). É angustiante, porque eu não consigo trabalhar da forma como eu gostaria, mas de certa forma é recompensador, pensando que eu faço o meu melhor (P5).

Observa-se que dois dos participantes se sentem angustiados frente ao contraste entre aquilo que poderiam ou deveriam realizar e as demandas e limitações que encontram. A fala de um terceiro profissional deixa ainda mais evidente este sentimento: "Acho que temos um potencial muito maior do que é possível, um potencial muito maior do que na verdade a gente acaba exercendo aqui, por essas condições difíceis mesmo (P2)". A maioria expressou desejo em realizar outras atividades que são impossibilitadas pela rotina da instituição, como por exemplo, o desenvolvimento de atividades com grupos.

A visão destes participantes sobre as suas funções coaduna com alguns estudos pelos quais também se verificam algumas dificuldades encontradas pelos profissionais em atuar de modo transformador, pois consideram que é papel do psicólogo criar condições necessárias para que os sentenciados desenvolvam novas significações (CRUCES, 2010; KOLKER, 2004). O Conselho Federal de Psicologia (2012) aponta para a possibilidade de o psicólogo atuar em diferentes níveis, construindo estratégias que incluam a arte e o trabalho em grupo. Orienta atividades que vão desde o atendimento individual até a facilitação de acesso a outros recursos, oferecendo assim, alívio ao sofrimento imposto pela privação.

Os participantes deste estudo percebem a relevância da atuação da Psicologia no contexto prisional, contrastando com a visão de Cruces (2010) que aponta um desconhecimento por parte destes profissionais a respeito da contribuição que sua atuação representa. No entanto, os discursos dos entrevistados convergem com as críticas da autora, ao afirmar que muitas vezes a atuação se limita somente à elaboração de laudos. Estes participantes indicaram que a realização dos laudos para progressão de regime é prática frequente, dificultando, portanto uma atuação mais voltada para a ressocialização:

> Eu acho bem desnecessário (exame criminológico). Em minha opinião desvirtua um pouco o papel do psicólogo (P2). O psicólogo fica um pouco numa saia justa sobre esta avaliação. Tem alguns debates super importantes

> que o Conselho (CFP) está fazendo, vira e mexe vira uma resolução (P4). A gente fica muito exposto, porque a gente faz uma avaliação que o sentenciado depois vai ter acesso e nem sempre vai ao encontro do que ele gostaria (...) então eu me coloco numa situação de risco (P5).

Mameluque (2006) ressalta que o papel do psicólogo, principalmente nas instituições prisionais, ainda está atrelado à elaboração de laudos e pareceres, servindo para orientar progressões e regressões. O autor aponta para a necessidade de ir além, sugerindo que os psicólogos também elaborem projetos e utilizem práticas de orientação que provoquem mudanças, transcendendo a prática pericial e questionando o papel que lhe é atribuído. Baseado nestas ideias e no movimento organizado por psicólogo que atuam neste campo, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) recentemente emitiu resoluções, regulamentando a atuação no âmbito do sistema prisional.

Entre elas se destaca a Resolução 012/2011, a qual recomenda aos psicólogos promover a construção da cidadania em contraposição à cultura de primazia da segurança, de vingança social e de disciplinarização do indivíduo. A resolução sugere o desenvolvimento de estratégias que visem o fortalecimento dos laços sociais e uma participação maior dos sujeitos em projetos que tenham por resgate a sua inserção na sociedade extramuros (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2011b; 2012). No entanto, os relatos dos participantes ressaltam as dificuldades ainda encontradas em seguir estes princípios, atribuindo como obstáculos não só a resistência das instituições e de alguns profissionais que a compõem, como da sociedade em compreender a necessidade de se modificar o modelo e a cultura vigente, na visão deles, pouco efetiva.

Entre as dificuldades, a falta de espaço para oferecer um atendimento humanizado e de qualidade aos detentos esteve presente em todos os discursos. Além disso, quatro deles criticaram o excesso de população carcerária frente ao reduzido número de profissionais, associando também a estes aspectos, a falta de compreensão da instituição, de parte da sociedade e dos profissionais de outras áreas sobre o trabalho do psicólogo, como os principais fatores:

> (...) dificuldade em ter um lugar para atendimento, onde possa existir um mínimo de sigilo, porque o espaço físico é impossível (...) muitas vezes não tem como o psicólogo atender de uma forma mais humana (P2). A dificuldade é a falta de pessoal ou excedente de população (P1). As pessoas acham que a gente só tá ajudando a pessoa mau caráter e não é nesse sentido, a gente tá tentando contribuir para que essa pessoa saia na sociedade e possa fazer o melhor (...) antes eu queria fazer grupos temáticos e aí eu percebo que algumas coisas não dão pra ser feitas, às vezes as pessoas já tem a sua

> rotina e quebrar a rotina de uma unidade prisional, de um sistema, é muito difícil, entendeu?(P3). (...) tem um lado que é bom, que é esse lado que tem retorno, quando você ouve: 'Ai se não fosse você eu não teria dado conta de ficar aqui tanto tempo' ou 'você me ajudou muito' (...) enfim, as condições são muito ruins de trabalho (P2).

Segundo Rauter (2007) as dificuldades apontadas pelos profissionais em oferecer qualidade de atendimento, dada à falta de espaço e de compreensão do sistema prisional sobre as suas atribuições, ilustra a contradição entre os seus princípios éticos e suas funções, levando muitas vezes os psicólogos a se adaptarem às demandas da instituição: "(...) a gente acaba se moldando, pra poder se adaptar e o serviço fluir de alguma forma (P3)". Assim como estes participantes, alguns estudos também apontam o problema da superlotação nos presídios e a falta de funcionários como aspectos que dificultam a recuperação dos detentos, tornando o sistema prisional ineficiente (BARRETO, 2006; CRUCES, 2010; LOPES, 2002).

4.2. Sobre a autonomia e a relação com os outros profissionais

Segundo os entrevistados, a relação com os profissionais das outras áreas torna a atividade mais difícil. Isto se deve à incompreensão dos demais setores sobre a importância e a função do psicólogo, pois segundo os participantes, a instituição funciona baseada em princípios que contrastam com os objetivos e as contribuições da Psicologia. Na visão da maioria, é dada maior ênfase à segurança e à punição dos indivíduos, demandando-se o auxílio do psicólogo somente nas situações de crise ou urgência:

> Você tem que ter uma disposição para explicar o papel da Psicologia, pelo menos dentro da instituição. Já começa nesse ponto aí, de esclarecer qual que é o papel para os próprios funcionários (P1). Por que aqui a gente é meio visto como desnecessário, obsoleto (...) porque na realidade a instituição penal é mais pra punir né! É a ideia que se tem em geral (...) vamos punir, pra pessoa pagar o que fez, o mal que causou (P2). (...) ele está louco, ele (detento) está falando que ele só vai falar se for para falar com você. Ele só vai falar o porquê que ele está fazendo isso se for com você, então ó, atende ele logo (P4).(...) a gente acaba conseguindo atender mais as demandas mais urgentes, eles mesmos pedem os atendimentos, mas a gente não consegue atender, captar todas as demandas (P5).

Devido a esta falta de compreensão sobre o papel e a função, os participantes apontam ser difícil realizar um trabalho integrado com os outros setores. Além disso, percebem que a autonomia fica prejudicada, pois embora tenham

liberdade técnica para atuar, muitas vezes a instituição não compreende os propósitos das atividades:

> (...) a gente não tem integração com o setor de segurança, com o setor de trabalho, com o setor de educação, pois cada setor ainda trabalha na sua bolha, então eu acho que essa ainda é uma dificuldade, de juntar todos esses setores (P4). (...) é tudo independente, cada um defende o seu, seu centro, seu núcleo (P1). Muitas vezes não tem esse espírito de equipe (...) existem muitos desencontros, mais do que encontros (P2). A gente tem autonomia pra definir o que a gente deseja fazer, mas tudo a gente tem que pedir autorização, então assim, às vezes um serviço fica mais moroso, demora mais (...) às vezes a gente acaba deixando de ter autonomia (risos) porque a gente acaba se cansando (P3). (...) a gente não tem poder decisório porque a maior parte das coisas compete à segurança e a disciplina (...) qualquer coisa relacionada à movimentação carcerária tem que seguir a disciplina, tem que passar por eles, ser autorizado (P5).

Para Cruces (2010), a inserção do psicólogo na instituição prisional pode contribuir para a ressocialização dos indivíduos, ainda que historicamente o sistema prisional venha demonstrando inabilidade. Segundo a autora, é importante que o psicólogo, junto aos demais profissionais, crie as condições necessárias para que o ambiente de privação possa ajudar os detentos a construir novas significações sobre as suas atitudes. De acordo com Lopes (2002), os agentes de segurança desempenham um papel fundamental na reabilitação dos sentenciados, sendo importante que, além dos conhecimentos relativos à disciplina e a segurança, eles também desenvolvam uma visão mais abrangente sobre o sentido social de seu trabalho, devendo eles, também, serem alvos de atenção e cuidados.

4.3. Sobre a efetividade do sistema prisional e o trabalho de ressocialização

Ao analisar a funcionalidade do sistema prisional de maneira integral, nenhum dos participantes considerou que o trabalho seja efetivo, todos fizeram críticas à capacidade das instituições prisionais em reintegrar o indivíduo à sociedade. Geralmente não possuem informações sobre a evolução dos sentenciados após o cumprimento da pena, conseguindo visualizar a efetividade das intervenções somente em curto prazo, nos atendimentos mais específicos e individuais que realizam com alguns sujeitos. Alguns discursos sugerem que a instituição tem servido apenas para oferecer uma resposta imediata à sociedade, a qual prioriza a segregação do sujeito ao invés de se preocupar com a sua ressocialização:

> Eu não acredito na recuperação na prisão, não acredito. Do jeito que está não (P1). Eu acho que é difícil você medir o que você está chamando de efetividade. Deve haver, porque, por exemplo, quando existe o atendimento, muitas vezes a pessoa não entra em crise ou numa crise pior, ela é atendida, é ouvida, provavelmente deve melhorar as questões aí de comportamento (...) agora é muito difícil medir isso, eu não sei (P2). Nós não temos esse retorno de quando elas saem, de como elas ficaram, alguma ou outra que as vezes retorna pra gente e fala 'eu tô bem', a gente trabalha o pontual mesmo (P3). Recuperar a pessoa? Não recupera, é só um paliativo (...) o presídio na verdade ele tira esse problema da sociedade e dá um tempinho, depois essa pessoa vai voltar, e quais as condições que ela vai voltar? (...) a sociedade ela não está preparada, acho que o governo não está preparado, o presídio na verdade, ele tira o problema ali da sociedade (P4). É muito difícil eu usar o termo reeducando (...) pra mim reeducando é um sistema que oferece um mínimo de possibilidade de educação, de crescimento pessoal (...) pra mim fica mais como sentenciados, estão aqui pra cumprir uma pena que receberam (P5).

A ineficácia do sistema prisional em recuperar ou reintegrar os indivíduos à sociedade, apontada pelos participantes, encontra respaldo em diversos estudos que criticam o modelo vigente, uma vez que além de não auxiliar o indivíduo em sua recuperação, muitas vezes o torna ainda mais violento, favorecendo a sua reincidência (BARRETO, 2006; CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2012; CHIES, 2013). Rauter (2007) considera que a manutenção deste modelo se deve a um clamor de alguns setores da sociedade pela punição e pelo encarceramento, falhando, de acordo com Cruz, Souza e Batitucci (2013), no sentido de garantir a inclusão social destes indivíduos e, portanto desconsiderando que as desigualdades e a exclusão social também contribuem para a expansão da violência e da criminalidade.

Ainda que as manifestações realizadas pelos profissionais e as referidas resoluções do conselho de classe sejam recentes, o presente estudo evidenciou as dificuldades em torná-las presentes na prática cotidiana. Tais resultados indicam que um dos maiores desafios neste campo ainda consiste em, de fato, desenvolver atividades que correspondam ao modo pelo qual a Psicologia pode significativamente contribuir com indivíduos privados de liberdade e que necessitam de apoio para serem reintegrados na sociedade.

No entanto, devem-se destacar também as limitações deste estudo, que por ser de caráter exploratório, não permite estender as considerações aqui discutidas para todas as realidades, haja vista ter se restringido a avaliar a compreensão dos profissionais de apenas três instituições, localizadas em somente dois municípios de um único estado. Estudos mais abrangentes certamente

poderão complementar e ampliar a discussão apresentada, bem como sugerir estratégias que busquem transpor as dificuldades assinaladas.

5. Considerações finais

O estudo permitiu identificar as atividades realizadas pelos psicólogos que atuam no sistema prisional, bem como conhecer as contribuições e as dificuldades que eles enfrentam no exercício de suas funções. Atendimentos atrelados às demandas emergenciais de alguns detentos e a elaboração de estudo criminológico constituem as principais atividades desenvolvidas pelos participantes que compuseram a amostra. Em curto prazo, ou seja, na atuação direta com os sentenciados, os profissionais conseguem visualizar as contribuições e a importância de suas práticas, mas em longo prazo e numa perspectiva mais ampla, não vislumbram a capacidade do sistema em se mostrar eficaz.

Entre as principais dificuldades destacam-se a superlotação, falta de espaço e de compreensão como aspectos que limitam o acesso dos sentenciados ao serviço prestado, pois além da grande demanda os técnicos também operam em número reduzido, atendendo principalmente as situações isoladas e que demandam maior urgência. Entendem que a ação deveria ser mais voltada para a humanização, porém a falta de compreensão por parte da instituição e dos demais profissionais dificulta esta forma de atuação, levando-os muitas vezes a se adaptar às exigências impostas pelo sistema prisional.

Além disso, observa-se que o trabalho entre os setores que compõem a instituição costuma ocorrer de forma fragmentada, o que restringe a realização de ações mais abrangentes e efetivas. Os discursos dos participantes sugere que a dificuldade em compreender as contribuições da Psicologia neste campo está relacionada à cultura de se priorizar a punição em detrimento da ressocialização, tornando o sistema ineficiente. Neste sentido, não só a instituição, através dos profissionais e os setores que a compõem, mas principalmente parte da sociedade precisa rever a dinâmica e a efetividade do modelo vigente.

Embora os pioneiros da Criminologia Clínica tivessem se ocupado em compreender o fenômeno da criminalidade no âmbito individual, enfatizando-se principalmente o comportamento e a personalidade dos indivíduos, existem vertentes que ao invés de seguir este raciocínio construíram seu corpo teórico com base nas críticas a este pensamento. Ao contrário das correntes anteriores, este conjunto de teorias, denominada Criminologia Crítica, enfatiza e explora as condições que favorecem a ocorrência da criminalidade e não o indivíduo em si, envolvido nessas práticas.

Esta abordagem questiona e critica não só a efetividade do sistema prisional em ressocializar os sentenciados, como adverte sobre a necessidade de se pensar em estratégias que favoreçam a participação da sociedade durante o processo de execução penal. Neste sentido, propõem a derrubada simbólica dos muros que separam estes indivíduos dos demais cidadãos, promovendo a reintegração social deles ao grupo pelo qual pertencem (a sociedade), ao invés de apenas se tentar ressocializá-los ou "ajustá-los" à sociedade extramuros (CARVALHO, 2004; KOLKER, 2004).

Influenciado pelos postulados da Criminologia Crítica, Sá (2011) propõe um modelo que o denomina como Criminologia Clínica de Inclusão Social. O autor, entretanto não desvincula as contribuições trazidas pelos modelos anteriores (médico-psicológico e psicossocial da Criminologia Clínica) e, portanto identifica a sua proposta como um modelo de terceira geração. Nele propõe-se a inclusão social como meta principal, evitando-se a ideia de excluir para depois se tentar incluir, bem como a substituição do intervencionismo clínico por uma relação mais simétrica entre os agentes e os sentenciados.

Embora a Psicologia no campo jurídico tenha se iniciado no âmbito penal, os discursos analisados sugerem que nesta área de atuação, poucas mudanças ocorreram na relação entre as duas disciplinas (Psicologia e Direito). É possível verificar que, mesmo após os debates e movimentos em torno da atuação dos psicólogos no âmbito prisional, ainda predomina a prática de elaboração de laudos e a visão do psicólogo como aquele que deve prever os comportamentos dos sujeitos, distanciando-se de uma atuação complementar e que permita promover a construção da cidadania e a reintegração social, sendo este, portanto, um dos maiores desafios da categoria.

Essa ênfase na avaliação tem sido considerada pelos profissionais como um fator que dificulta a realização de estratégias voltadas para a ressocialização e o crescimento dos indivíduos, desvinculando-se, portanto dos principais objetivos da Psicologia neste campo. Ainda se observa dificuldade destas instituições em romper o paradigma da classificação e da disciplinarização (vigiar e punir) e a autonomia profissional tem ficado restrita às regras da instituição, pois os psicólogos estão inseridos em uma hierarquia, pela qual a segurança é a prioridade.

Futuros estudos e o desenvolvimento de pesquisas que avaliem outros setores e também a população carcerária poderão ser úteis para ampliar a compreensão sobre o tema e para se pensar em estratégias que permitam tornar o sistema prisional mais efetivo. Além disso, pesquisas nesta área se mostram úteis para promover o debate com a sociedade, uma vez que mudanças neste sistema não podem estar alheias à participação popular. Este estudo possui

caráter exploratório, não sendo possível generalizar os discursos aqui analisados para todas as realidades. No entanto, indicam a importância de se pensar sobre o tema e de como tornar, de fato, efetivo o sistema de justiça retributiva.

6. Referências

ALTOÉ, S. Atualidade da Psicologia Jurídica. *Revista de Pesquisadores da Psicologia no Brasil*. v. 1, n. 2, p. 51-59, julho-dezembro 2001. Disponível em: [www.saladedireito.com.br/2010/03/texto-atualidade-da-psicologia-juridica.html]. Acesso em: 13.07.2016.

BARDIN, L. *Análise de Conteúdo*. Lisboa, Edições 70, 1977. p. 223.

BARRETO, M.L.S. Depois das grades: um reflexo da cultura prisional em indivíduos libertos. *Psicologia Ciência e Profissão.,* v. 26, n. 4, p. 582-593, dezembro 2006. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/pcp/v26n4/v26n4a06.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Conselho Federal de Psicologia. *Diretrizes para atuação e formação dos psicólogos do sistema prisional brasileiro*. Brasília, 2007. Disponível em: [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/depen_cartilha.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

BRASIL, Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 13 jun. 2013. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

BRASIL. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 198, Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 2 Dez. 2003. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm]. Acesso em: 13.07.2016.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm]. Acesso em: 13.07.2016.

BRITO, L.M.T. Anotações Sobre a Psicologia Jurídica. *Psicologia: Ciência e Profissão*. v. 32, n.esp., p.194-205, 2012. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/pcp/v32nspe/v32speca14.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

CAREGNATO, R.C.A.; MUTTI, R. Pesquisa qualitativa: análise de discurso *versus* análise de conteúdo. *Texto Contexto Enfermagem.,* v. 15, n. 4, p. 679-684, Outubro-Dezembro 2006. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/tce/v15n4/v15n4a17.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

CARVALHO, S. O papel da perícia psicológica na execução penal. *In*: GONÇALVES, H.S.; BRANDÃO, E.P. (Orgs.). *Psicologia Jurídica no Brasil.* Rio de Janeiro: NAU Ed, 2004.

CHIES, L.A.B. A questão penitenciária. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP,* v.25, n1, p.15-36, 2013. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ts/v25n1/02.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Referências Técnicas para Atuação das (os) Psicólogas (os) no Sistema Prisional.* Centro de Referências Técnicas em Políticas Públicas. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, 2012. Disponível em: [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/11/AF_Sistema_Prisional-11.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução CFP nº 09/2011,* que altera a Resolução CFP nº 07/2009. Brasília, 2011a. Disponível em: [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/05/resolucao2011_009.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução CFP nº 12/2011,* que regulamenta a atuação da(o) psicóloga(o) no âmbito do sistema prisional. Brasília, 2011b. Disponível em: [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao_012-11.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA. *Moção contra o exame criminológico,* 2008. Disponível em: [www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=4746]. Acesso em: 13.07.2016.

CRUCES, A.V.V. A situação das prisões no Brasil e o trabalho dos psicólogos nessas instituições: uma análise a partir de entrevistas com egressos e reincidentes. *Boletim da Academia Paulista de Psicologia.,* v. 78, n. 1, p. 136-154. Janeiro 2010. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/pdf/bapp/v30n1/v30n1a10.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

CRUZ. M.V.G.; SOUZA. L.G.; BATITUCCI, E.C. Percurso recente da política penitenciaria no Brasil: o caso de São Paulo. *Revista de Administração Pública.* v. 47, n. 5, p. 1307-1325, Setembro-Outubro 2013. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rap/v47n5/a11v47n5.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

DESLANDES, S.F. O projeto de pesquisa como exercício científico e artesanato intelectual. *In*: MINAYO, M.C.S. (Org.); DESLANDES, S.F.; GOMES. R. *Pesquisa Social:* Teoria método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2012.

DUARTE, R. Pesquisa qualitativa: reflexões sobre o trabalho de campo. *Cadernos de Pesquisa.,* n. 115, p. 139-154, Março 2002. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/cp/n115/a05n115.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

FERNANDES, V.G. et al. O caminhar da Psicologia no escritório de prática jurídica: registro de uma história. *Revista Humanidades.,* v. 20. n. 2, p. 171-177, Julho-Dezembro 2005. Disponível em: [http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/1589.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

FONTANELLA, B.J.B.; RICAS, J; TURATO, E.R. Amostragem por saturação em pesquisa qualitativa em saúde: contribuições teóricas. *Cadernos de Saúde Pública.,* v. 24, n. 1, p. 17-27, Janeiro 2008. Disponível em: [www.scielosp.org/pdf/csp/v24n1/02.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Bonsucesso: NAU, 2002. 160 p.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 262.

FRANÇA, F. Reflexões sobre Psicologia jurídica e seu panorama no Brasil. *Psicologia: Teoria e Prática*. n. 1, p. 73-80, 2004. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32140-38069-1-PB.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

GOMES, R. Análise e interpretação de dados de pesquisa qualitativa. *In*: MINAYO, M.C.S. (Org.); DESLANDES, S.F; GOMES. R. *Pesquisa Social:* Teoria método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2012.

JACÓ-VILELA, A.M. Os primórdios da Psicologia Jurídica. *In*: BRITO, L.M.T. (Org.). *Temas de Psicologia Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

KOLKER, T. A atuação do psicólogo no sistema penal. *In*: GONÇALVES H.S.; BRANDÃO, E.P. (Orgs.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro: NAU Ed, 2004.

LAGO, V.M. *et al*. Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação. *Estudos de psicologia.,* v. 26, n. 4, p. 483-491, Outubro-Dezembro 2009. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/estpsi/v26n4/09.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

LOPES, R. Psicologia jurídica o cotidiano da violência: o trabalho do agente de segurança penitenciária nas instituições prisionais. *Psicologia para América Latina,* 2002: Disponível em: [http://psicolatina.org/Uno/psicologia_juridica.html]. Acesso em: 13.07.2016.

MAMELUQUE, M.G.C. A Subjetividade do encarcerado, um desafio para a Psicologia. *Psicologia ciência profissão.,* v. 26, n. 4, p. 620-631, 2006. Disponível: [www.scielo.br/pdf/pcp/v26n4/v26n4a09.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

MARTINS, H.H.T. Metodologia qualitativa de pesquisa. *Educação e Pesquisa.,* v. 30, n. 2, p. 289-300, Maio-Agosto 2004. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ep/v30n2/v30n2a07.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

MIRANDA-JÚNIOR, H.C. Psicologia e justiça: a Psicologia e as práticas judiciárias na construção do ideal de justiça. *Revista Ciência e Profissão.*, v. 18, n. 1, p. 28-37. 1998. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/pdf/pcp/v18n1/04.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

RAUTER, C. Clínica e Estratégias de Resistência: perspectivas para o trabalho do psicólogo em prisões. *Psicologia & Sociedade.,* v. 19, n. 2, p. 42-47, 2007. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/psoc/v19n2/a06v19n2.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

SÁ, A.A. *Criminologia clínica e execução penal:* proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, G.M.; MENANDRO, P.R.M. Atestado de Exclusão com Firma Reconhecida: O sofrimento do presidiário brasileiro. *Psicologia ciência e profissão.*, v. 24, n. 2, p. 86-99, 2004. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/pcp/v24n2/v24n2a10.pdf]. Acesso em: 13.07.2016.

YIN, R.K. *Pesquisa Qualitativa do início ao fim.* Porto Alegre: Penso, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Administradores de presídios: na corda bamba dos paradoxos institucionais, de Luiz Antônio Bogo Chies – *RBCCrim* 72/295-326 (DTR\2008\301);
- Prisionalização e sofrimento dos agentes penitenciários: fragmentos de uma pesquisa, de Luiz Antônio Bogo Chies, Ana Luisa Xavier Barros, Carmen Lúcia Alves da Silva Lopes e Sinara Franke de Oliveira – *RBCCrim* 52/309-335 (DTR\2005\10);
- Terapêutica penal?, de Elias Boainain Júnior – *RBCCrim* 8/52-56 (DTR\1994\388); e
- Trabalho penitenciário, de Amaro Alves de Almeida Filho – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/131-136 (DTR\2012\450378).

Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato

Rewarded collaboration: critical reflections on the Lava Jato Operation's foundational agreements

J. J. Gomes Canotilho

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
jjcanot@fd.uc.pt

Nuno Brandão

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
nbrandao@fd.uc.pt

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: Partindo de uma problematização geral da figura da colaboração premiada, seu enquadramento constitucional e convencional internacional e seu regime legal, instituído pela Lei 12.850/2013, procede-se a uma análise crítica do teor dos acordos de colaboração premiada que estiveram na génese da Operação Lava Jato.

Palavras-chave: Colaboração premiada – Operação Lava Jato – Princípio da legalidade – Reserva de juiz – Proibições de prova.

Abstract: Starting from a general problematization of the figure of the rewarded collaboration, its constitutional and conventional international framework and its legal regime instituted by Law 12.850/2013, a critical analysis is made of the content of the first rewarded agreements settled in the Lava Jato Operation.

Keywords: Rewarded collaboration – Lava Jato Operation – Legality principle – Judge's monopoly – Evidence prohibitions.

Sumário: 1. Os acordos de colaboração premiada no ponto de intersecção entre o direito constitucional, o direito convencional internacional, o direito penal material e o direito processual penal. 2. Que "coisa jurídica" é uma colaboração premiada? 2.1 Base convencional internacional e fundamento legal. 2.2 A teleologia intrínseca dos acordos de colaboração premiada. 3. O instituto da colaboração premiada e o seu enquadramento constitucional. 4. O conteúdo e os limites da colaboração premiada legalmente admissível. 5. Vícios dos concretos acordos de colaboração premiada fundantes da Operação Lava Jato: vantagens penais e processuais indevidas 5.1. Taxatividade legal dos benefícios premiais. 5.2. Vantagens penais sem base legal: a redução da pena de multa. 5.3. Vantagens penais sem base legal (cont.): as progressões de regime pactuadas. 5.4. Vantagens processuais sem base legal: suspensão dos procedimentos. 6. Inconstitucionalidade e ilegalidade de utilização de provas proibidas. 7. Referências bibliográficas.

Canotilho, J. J. Gomes; Brandão, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

1. Em Tanto Mar, Chico Buarque cantou a revolução portuguesa de 25 de abril de 1974 e fez votos que dela chegasse algum "cheirinho de alecrim" ao Brasil de então. Nos últimos anos, temos assistido em Portugal a um movimento de sentido inverso: no nosso país, ouvem-se agora os cantos de sereia da chamada *Colaboração Premiada*, soprados a partir do Brasil, no contexto, senão de uma revolução, pelo menos certamente de uma disrupção política, social e económica. O terramoto judiciário e político que actualmente assola o Brasil, com epicentro na Operação Lava Jato, provocou ondas de choque de tal modo intensas que algumas chegaram a Portugal. O Estado brasileiro tem pedido a colaboração das autoridades portuguesas para a produção e obtenção de provas pretendidas pela investigação e já requereu a extradição de um cidadão luso-brasileiro indiciado nessa operação. Académicos, magistrados e advogados brasileiros têm sido convidados por universidades e instituições judiciárias portuguesas para apresentar e discutir o modelo brasileiro da colaboração premiada. Um debate que tem envolvido não só juristas, mas também muitos outros sectores da sociedade portuguesa, com uma cada vez maior notória amplificação pela comunicação social.

Ainda que se trate de matéria respeitante a uma realidade jurídica de um país (para nós) estrangeiro, todo este "caldo de cultura" justifica esta nossa reflexão crítica sobre a colaboração premiada, tanto como instituto jurídico positivado no ordenamento legal brasileiro, como ainda como fenómeno precipitado na concreta *praxis* judiciária brasileira. Para esse efeito, depois de uma problematização mais geral da figura e das suas implicações estruturais, concentraremos a nossa atenção nos momentos genéticos da Operação Lava Jato, perscrutando aquelas que, consabidamente, constituem as pedras basilares dessa investigação: os acordos de colaboração premiada firmados entre o Ministério Público Federal, de um lado, e Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, do outro, no âmbito de várias acções penais dessa operação em que os mesmos figuram como réus[1]. De facto, foi através da colaboração probatória prestada por aqueles réus Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, assente em acordos de colaboração premiada[2], que o Ministério Público Federal alargou a

1. É o próprio MPF que, no seu *site* dedicado ao caso Lava Jato, apresenta Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa como as figuras centrais do esquema de corrupção objecto da investigação. Disponível em: [http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso].

2. O "Termo de Acordo de Colaboração Premiada" de Paulo Roberto Costa encontra-se disponível *online* em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf]. Poderá igualmente ser consultado *online* o "Termo de Colaboração

amplitude da investigação, dirigindo-a a novos factos e a novos sujeitos, fundamentalmente na esfera da empresa brasileira Petrobras[3].

Neste estudo procuraremos evidenciar as graves desconformidades do conteúdo desses acordos de colaboração premiada em relação ao instrumento normativo brasileiro que regula tal instituto, a já referida Lei 12.850/13, e à própria Constituição Federal brasileira. Ressalve-se que a nossa apreciação crítica não versará sobre a bondade constitucional da colaboração premiada instituída pela Lei brasileira 12.850/13 no quadro do sistema jurídico brasileiro, mas tão só, e muito mais singelamente, sobre a compatibilidade dos referidos *concretos* acordos de colaboração premiada com princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional do Brasil e com o conteúdo daquela Lei 12.850/13.

1. Os acordos de colaboração premiada no ponto de intersecção entre o direito constitucional, o direito convencional internacional, o direito penal material e o direito processual penal

a) Circularidades normativas

2. A convocação de uma narrativa argumentativa de cariz constitucional para uma compreensão do instituto da colaboração premiada e dos concretos acordos de delação em que se materialize é justificada pelo facto de se recortar um ponto de intersecção entre várias *circularidades jurídico-normativas*[4]. Os acordos que aqui temos particularmente em vista envolveram pedidos de *Habeas Corpus,* ou melhor, *Acção de Habeas Corpus* processados perante o Supremo Tribunal Federal (STF); (ii) tiveram como *objecto* central a fiscalização da constitucionalidade, da conformidade convencional e da legalidade material

---

Premiada" de Alberto Youssef: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf].

3. Cfr. Disponível em: [http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico]. O acordo de colaboração premiada firmado entre o MPF e Paulo Roberto da Costa (27.08.2014) foi homologado pelo STF, por decisão do Ministro Teori Zavascki, em 29.09.2014; e o acordo celebrado entre o MPF e Alberto Youssef (24.09.2014) foi homologado pelo STF, também por decisão do Ministro Teori Zavascki, em 19.12.2014.

4. Para localizar este conceito é indispensável a notabilíssima obra de Douglas R. Hofstadter (*Gödel, Escher,* Bach – Laços Eternos, Gradiva, 1970), com tradução portuguesa de 2000 (2. ed. 2013), Lisboa, 2013. No plano da teoria jurídica, vide as refracções do conceito de circularidade normativa em KUNZ, Karl-Ludwig; MONA, Martino. *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie*, UTB GmbH, 2006, p. 210 e ss.

e processual da própria "colaboração premiada"; (iii) suscitaram, como questões jurídicas e dogmáticas nucleares, a análise da reserva de juiz, do princípio de juiz legal, do princípio de delimitação de competências nos quadros da acção penal, do princípio central da juridicidade democrática externalizada na reserva de lei; (iv) implicaram uma irradiação de cláusulas de acordos de colaboração premiada para a esfera de terceiros; (v) revelaram uma articulação de esquemas jurídicos de investigação orientados por filosofias de investigação estruturalmente distintas; (vi) e fizeram emergir questões jurídico-dogmáticas incidentes sobre a natureza dos próprios acordos de colaboração premiada.

Perante todos estes emaranhamentos, parece-nos acertado tentar uma primeira aproximação à figura da "colaboração premiada", dada a sua instabilidade jurídico-dogmática e os problemas jurídico-constitucionais e jurídico-legais detectados na sua conformação concreta. Antes disso, achamos adequado um breve registo em torno do *interesse público* invocado nos vários acordos de colaboração premiada que estiveram na base da Operação Lava Jato.

b) Tratados de direitos humanos e convenções internacionais de combate à criminalidade organizada transnacional e à corrupção

3. A primeira circularidade normativa coloca frente a frente as "declarações de direitos humanos" e tratados de direitos humanos, por um lado, e as convenções internacionais que, como as Convenções de Mérida e de Palermo, têm como escopo específico o combate à criminalidade organizada transnacional e à corrupção. A nosso ver, é incorrecta qualquer narrativa tendente a acentuar as dimensões antinómicas destas convenções. Em rigor, umas e outras densificam a "internacionalização do direito constitucional" e a "constitucionalização do direito internacional". Por isso mesmo, estão intimamente ligadas à emergência do "constitucionalismo global" e do "constitucionalismo transnacional". A internacionalização do direito constitucional significa, desde logo, a incorporação dos tratados de direitos humanos nas ordens jurídicas internas dos Estados, reconhecendo, por vezes, a estes tratados, valor superior ao das próprias leis constitucionais e eficácia jurídica directamente vinculativa na ordem jurídica interna. Trata-se da *cláusula da prevalência de direitos humanos* (CRB, art. 4º/II), legitimadora da emergência de uma hierarquia dentro do direito internacional a partir de conceitos como o de *jus cogens*, de efeitos *erga omnes*, da judicialização e jurisdicionalização dos direitos humanos[5]. A densificação

5. Veja-se a anotação e comentários à cláusula da prevalência de direitos humanos em Flávia Pi PIOVESAN, Flávia. Constituição da República do Brasil, art. 4º/II. *In:* CANOTILHO, Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. *Comentário à*

da supremacia dos direitos humanos ganha expressa *constitucionalização* na ordem jurídica brasileira em vários preceitos: (i) art. 4º/II da CRB, prevalência de direitos humanos; (ii) art. 5º/LXVIII da CRB, "conceder-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso do poder". Estas precipitações normativas jusfundamentais tornam claro que o enquadramento dos acordos em análise deverá necessariamente ter em conta o sentido material – na Constituição e nas convenções internacionais – dos direitos humanos.

A leitura da Constituição e das Convenções Internacionais dos Direitos Humanos no sentido anteriormente registado não implica qualquer subvalorização do *interesse público,* invocado nos termos de colaboração premiada, no sentido de "conferir efectividade à persecução criminal e ampliar e aprofundar em todo o País, as investigações em torno de crimes contra a administração, contra o sistema financeiro nacional, crimes de lavagem de dinheiro, entre outros…" (Cfr., por exemplo, cláusula 2ª do acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef). As Convenções de Mérida e de Palermo, ao promoverem a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional e a corrupção, estão também ao serviço da protecção da liberdade através da *segurança*, reforçada pelo direito penal transnacional e internacional, sem deixar de cumprir a sua tarefa clássica de protecção da *liberdade* dos cidadãos *perante* o direito penal[6].

Se a equação problemática acabada assinalar parece razoável, nem por isso poderemos deixar de analisar reflexivamente "os *problemas de colisão* entre a implementação do direito transnacional e a protecção dos direitos individuais"[7]. A "cláusula de supremacia dos direitos humanos" não implica a neutralização do "novo direito penal", mas é incontornável que o postulado de interesse público do combate à criminalidade tem de manter-se nos "níveis de tolerância" ditados (i) pela *juridicidade estatal*, ou seja, pelos "princípios fundamentais do ordenamento jurídico interno" a que aludem as Convenções

---

Constituição do Brasil. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 153 ss. Sobre os conceitos de *jus cogens, jus cogens erga omnes*, vide PETER, Stefan. Erga omnes Menschenrechte. *In:* MERTEN; PAPIER (orgs.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, C. F. Müller, 2009. v. VI/2, p. 501 e ss.

6. Cfr. SIEBER, Ulrich. O futuro do direito penal europeu – Uma nova abordagem dos objectivos e dos modelos de um sistema de direito penal europeu. *In:* MONTE, Mário *et alii*. *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 469 e ss.

7. Cfr. SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 484.

de Mérida e de Palermo; (ii) e pela *jusfundamentalidade* estruturante de uma ordem constitucional concreta, hoje em dia positivada na lei fundamental do Estado.

Neste contexto, os pontos de partida para os desenvolvimentos seguintes podem estear-se da seguinte forma: (1) vinculação jusfundamental de todos os poderes do Estado, considerando-se que, nos termos constitucionais, as normas de direitos de liberdade vinculam o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial na qualidade de normas directamente aplicáveis tal como estipula a Constituição Federal Brasileira (art. 5º, § 1º), na esteira de outras leis fundamentais como a da República Federal da Alemanha (art. 1º/3) e da República Portuguesa (art. 18º/1); (2) qualquer relação jurídica – como é o caso do esquema de "colaboração premiada" – pode desencadear consequências reconduzíveis a ilicitudes e resultados fortemente lesivos de direitos fundamentais; (3) cuja defesa e protecção garantística implica a existência de remédio jurisdicional adequado, começando com as acções constitucionais de defesa (acção e recurso de amparo, *habeas corpus*)[8] até às acções e recursos legalmente previstos segundo os ditames processuais e materiais de um *processo justo e equitativo*.

c) Os perigos da circularidade autopoiética provocada pela colaboração premiada

4. A dogmática jurídico-constitucional acabada de referir carece de actualizações problemáticas relacionadas com a implementação de medidas destinadas a intensificar a cooperação de pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados. A incorporação crescente de pessoas privadas no conhecimento e progressão da investigação (i) contribui, muitas vezes, para a erosão dos princípios de juridicidade materialmente constitutivos da legalidade penal estrita através da flexibilização dos meios de prova a nível processual; (ii) propicia um esquema jurídico em que privados arguidos agridem restritivamente posições jusfundamentais de outros privados, gerando

8. Cfr. Jestaedt (JESTAEDT; LEPSIUS; MÖLLERS; SCHÖNBERGER. *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp Verlag, 2011, p. 121). A ideia de relação jurídica jusfundamentalmente articulada com a eficácia directa das normas de direitos e liberdades perante entidades públicas e entidades privadas no âmbito da investigação penal é hoje trabalhada a nível da *criminal compliance*. *Vide*, por ex., JAHN; KIRSCH. Fragen der Criminal Compliance im Schnittfeld von materiellem Recht, Strafverfahrens – und Verfassungsrecht. *In:* ROTSCH (org.). *Criminal Compliance Handbuch*. Baden-Baden, 2015, p. 1.159 ss.

uma perigosa mistura de eficácia vertical (das entidades públicas) e de eficácia horizontal (arguidos contra outros arguidos) relativamente a terceiros.

O problema – um problema central da colaboração premiada – é que a investigação e a instrução do processo penal colaborativamente conformado acabam por se transformar num *sistema autopoiético*[9] que se reproduz a ele próprio tendencialmente à margem dos princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional: separação de poderes, distribuição de competências, observância da legalidade, do princípio da isonomia, criação de privilégios e imunidades desrazoáveis, do princípio da conexão ou conectividade da prova e do crime, obtenção de meios de prova e valoração dos meios de prova. No caminho, perde-se o rasto à "reserva de juiz", à "reserva do ministério público", à "reserva judicial de execução da sentença" e à distinção entre prisão preventiva da natureza cautelar e prisão preventiva – pena. A gravidade da circularidade autopoiética traduz-se, por isso, na criação de um sistema processual apócrifo, cada vez mais auto-reprodutivo à medida que se multiplicam os "memorandos de entendimento" entre as várias partes do processo. Perante estas dúvidas, é legítimo começar pela pergunta: que "coisa jurídica" é uma "colaboração premiada"?

A resposta a esta interrogação afigura-se-nos de particular relevância sob três perspectivas: (i) quais as razões e pressupostos para os direitos humanos e os direitos fundamentais de "terceiras-pessoas" (outros arguidos ou eventuais arguidos) merecerem, nos juízos de ponderação, uma valoração inferior perante os resultados probatórios relativamente aos privados-criminosos participantes no processo penal com o estatuto privilegiado de "colaborador"?; (ii) quais as razões e pressupostos para estes participantes lograrem centralidade como *sujeitos processuais* enquanto outros parecem ser reduzidos a *objecto* da luta contra a criminalidade organizada?; (iii) quais os fundamentos constitucionais e legais para o Ministério Público, proponente do acordo de colaboração premiada, arrogar-se dono do processo, introduzindo o *princípio da oportunidade* em detrimento do *princípio da legalidade* impositivo da prossecução da acção penal perante todos os actos ou actividades previstas e punidas como crimes?

9. Estamos a utilizar o linguajar das teorias sistémicas. O texto pressupõe a diferença entre "autoreferência" (capacidade de mudança evolutiva das estruturas sistémicas) e "autopoiesis" (capacidade generativa de um sistema autónomo). Deixa-se pressuposto também que o direito opera com o código binário da distinção entre "direito" e "não direito", reconduzindo-se a comunicação da circularidade jurídica à decisão sobre o que é "direito" ou "não direito" na decisão de casos referenciados a normas gerais. Cfr. LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*. 1993, p. 8.

2. QUE "COISA JURÍDICA" É UMA COLABORAÇÃO PREMIADA?

2.1. Base convencional internacional e fundamento legal

5. A leitura de vários "termos de colaboração premiada" e, sobretudo, a suspensão reflexiva dedicadas aos "termos de colaboração premiada" acordados entre o Ministério Público Federal – MPF – e os "colaboradores" Alberto Youssef e Paulo Roberto da Costa levantaram-nos várias dúvidas e perplexidades no plano jurídico e no plano dogmático. Com efeito, os pontos normativos de referência e de medida – as convenções internacionais de Mérida e de Palermo, internalizadas no ordenamento brasileiro, o Código de Processo Penal e a Lei 12.850/2013 – pouco adiantam quanto à estrutura e natureza jurídica dos termos de colaboração premiada.

O art. 3º da Lei 12.850/2013, no capítulo respeitante à investigação e meios de obtenção de prova, elenca, como meio de obtenção de prova: "I – Colaboração premiada". Na secção I deste capítulo epigrafada "Da Colaboração Premiada", o legislador processual penal absteve-se de caracterizar este meio de obtenção de prova, mas individualizou (art. 4º) os *sujeitos processuais* participantes no procedimento de entendimento relativo à colaboração: o Juiz, o Ministério Público, o Delegado de polícia e o colaborador. Em termos pouco claros, o art. 4º individualiza as "partes" que parecem ser o Ministério Público, o delegado de polícia e os colaboradores. A análise dos clausulados de colaboração premiada dos delatores atrás identificados ("cláusula de aceitação") permite concluir que as partes do acordo são: o "colaborador", defensores, procuradores de República e procuradores regionais da República. São eles que assinam os "instrumentos" e "formalizam os acordos de colaboração premiada".

Relativamente ao *objecto* do termo de colaboração premiada, também não é fácil delimitar os seus contornos jurídicos. Veja-se, a título de exemplo, o acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef: nas cláusulas inseridas nas propostas do Ministério Público Federal (ponto II) encontra-se uma precipitação textual do "objecto do presente acordo" que abrange os "efeitos" mencionados nesta cláusula e outros "contemplados no acordo anterior". Os "efeitos" parecem ser os diversos procedimentos em trânsito junto da 13ª Vara Criminal e os efeitos sobre os outros processos em outras localidades, pela prática de crimes contra o sistema financeiro, crimes de corrupção, crimes de peculato, crimes de lavagem de dinheiro e de organização criminosa.

A estruturação de um esquema eventualmente sinalagmático inicia-se com a proposta do Ministério Público ao acusado (colaborador) de vários benefí-

cios legais cumulativos e das respectivas obrigações, terminando com o acto homologatório de um juiz.

2.2. A teleologia intrínseca dos acordos de colaboração premiada

Como já foi atrás referido, o Ministério Público Federal assenta a base jurídica dos "acordos de colaboração premiada" em três instrumentos normativos (i) a Constituição, art. 129, inciso I; (ii) a lei(s): Lei 9.807/1999, arts. 13 a 15, e Lei 12.850/2013, arts. 4º a 8º; (iii) as Convenções internacionais de Palermo (art. 26º) e de Mérida (art. 37º). Se consultarmos a literatura brasileira mais recente sobre as chamadas "organizações criminosas" verificaremos que, ainda hoje, não há estabilização conceitual-categorial sobre a *teleologia, o ethos e o pathos* dos acordos em referência.

Num excelente livro intitulado *Organizações Criminosas*[10], Eduardo Araújo Silva escreve:

> A colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo) ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação processual, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infracções venham a se consumar (colaboração preventiva) assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando as suas prisões (colaboração repressiva).

E acrescenta:

> É assim, um instituto bem mais amplo que a *delação premiada* até então consagrada em várias leis brasileiras, a qual se restringe a um instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos penais (diminuição da pena ou concessão de perdão judicial) (grifo nosso).
>
> O legislador brasileiro, através da Lei 12.850/2013, disciplina três momentos para a realização da colaboração premiada: no § 2º do art. 4º é prevista na *fase processual*, podendo implicar discricionariedade regrada na propositura de acção penal. O § 4º, art. 2º, no *caput* do art. 2º cuidou de discipliná-la na fase judicial, "a requerimento das partes". No § 5º do mesmo artigo faz menção a um acordo de colaboração na fase pós processual, quando da execução da pena.

10. Cfr. SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53 ss.

Em jeito de síntese, o autor que estamos citando salienta:

> (...) portanto, na fase de investigação trata-se de um instituto puramente processual, nas demais fases, a colaboração é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial) redução ou substituição da pena ou progressão de regime[11].

Outro ilustre cultor do direito processual penal, Guilherme de Souza Nucci, aponta para uma compreensão substancialmente diversa do instituto em análise:

> Embora a lei utilize a expressão *colaboração premiada*, cuida-se, na verdade, de *delação premiada*. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de investigado ou acusado, mas aquele no qual se descobre dados desconhecidos quanto à autoria ou materialização da infracção penal – por isso, trata-se de autêntica *delação*, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o dedurismo [12].

Cesar Robert Bitencourt e Paulo César Busato definem o instituto em análise da seguinte forma:

> A colaboração premiada, ou colaboração processual ou, ainda, delação premiada (os primeiros termos eufemísticos, vieram disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui) consiste na redução da pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo à total isenção de pena, para o delinquente que *delatar* seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece[13].

O tom e o dom destes especialistas não é totalmente concordante, sobretudo nas precompreensões subjacentes à (re)descoberta da teleologia básica da figura jurídica em causa. Justifica-se, por isso, que procuremos ser "observadores das observações", tentando, desde logo, distinguir a colaboração premiada de outras formas de colaboração no processo penal.

---

11. Cfr. SILVA, Eduardo Araújo da. *Op. cit*., p. 57.
12. Cfr. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa.* Comentários à Lei 12.850, *de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.
13. Cfr. BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*, *Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 115.

3. O instituto da colaboração premiada e o seu enquadramento constitucional

6. A fim de avançarmos na nossa reflexão crítica sobre as múltiplas questões que aqui afloram, cremos ser oportuno desenvolver um esforço de delimitação e precisão conceitual da figura da colaboração premiada e dos princípios constitucionais que com ela podem ser postos em perigo.

Nas últimas três décadas tem-se assistido, nos processos penais das mais diversas paragens, a um alastramento de práticas processuais que admitem a concessão a réus em processos criminais de benefícios penais a troco de uma actuação colaborante com as autoridades policiais ou judiciárias em prejuízo de terceiros, regra geral, sob a forma de delação com elas pactuada. Trata-se, em todo caso, de um fenómeno que está muito longe de representar uma novidade, antes constituindo "uma prolongada realidade na história do Direito Penal"[14]. Tão antiga, de milénios, quanto controvertida, porém; pelos inarredáveis problemas e dilemas éticos, morais e jurídicos que lhe são inerentes[15].

O *nomen juris* dado pelo legislador brasileiro à figura de que tratamos presta-se a equívocos, que só serão evitados se os seus contornos forem recortados com rigor. De colaboração no processo penal poderá falar-se a muitos títulos, como o da testemunha que depõe sobre certa realidade com relevo penal que percepcionou e sobre a qual é questionada, o do réu que livremente confessa o seu crime ou o do cidadão que *motu proprio* denuncia um delito alheio e até aí desconhecido das autoridades etc. Embora nestas várias situações estejam em causa contributos que poderão ser úteis à descoberta e esclarecimento de um crime, podendo por isso assumir-se como actos de colaboração com o processo, é evidente que não é nada disto que a Lei 12.850/13 tem especificamente em vista.

O colaborador tido em mente pela Lei 12.850/2013 não é uma simples *testemunha* que é chamada ao processo para relatar aquilo de que tem directo conhecimento sobre uma realidade criminal já objecto de uma investigação ou de um processo em curso e à qual é estranho. Em geral, qualquer cidadão que, em virtude de factos que pessoalmente percepcionou, esteja em condições

14. GUZMÁN DALBORA, José Luis. Do prémio da felonia na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2/2011, p. 209.

15. Para uma reflexão sobre as vantagens e os males da atribuição de benefícios ao criminoso fundada na denúncia e traição dos seus comparsas no crime, logo BECCARIA, Cesare. *Dei dellitti e delle Pene*, 1764, Cap. 37 ("Attentati, Complici, Impunità").

de contribuir para a descoberta da verdade material, tem o dever de colaborar com o processo, declarando, com verdade, tudo aquilo que sabe (art. 203º do CPP). E obviamente, não lhe poderá caber qualquer vantagem por assim colaborar com a justiça, cumprindo o seu dever legal. Como tal, um contributo dessa natureza, pura e simplesmente testemunhal, não pode ser objecto de um acordo de colaboração premiada.

Na colaboração premiada a que se refere a Lei 12.850/2013 também não está em causa um denunciante que nada tenha que ver com o crime que delatou ou pretende delatar às autoridades. Via de regra, e de acordo com o princípio do Estado liberal, a comunicação de crimes às autoridades policiais ou ao Ministério Público brasileiros por um cidadão comum a eles totalmente alheio constitui uma faculdade e não um dever (art. 5º, § 3º, e art. 27º do CPP). De todo modo, aquele que dá a descobrir ao Estado um crime deste até aí desconhecido não deverá ser agraciado com quaisquer vantagens, económicas ou penais.

No que a essas últimas respeita, não haverá por que falar em benefícios penais para o delator se este revelou um crime de outrem insusceptível de imediata ou mediatamente fundar uma sua própria responsabilização penal. Se a descoberta desse crime de modo algum poderá acarretar uma consequência penal para o delator, é então patente que a colaboração por ele prestada está fora do âmbito da colaboração premiada a que se refere a Lei 12.850/2013. Com efeito, esta se baseia na premissa de que o colaborador é susceptível de responsabilização criminal fundada no delito por si delatado, sendo esse o motivo pelo qual lhe são prometidos benefícios penais caso auxilie a investigação. Benefícios que visam estimular a sua colaboração, mas que não teriam razão de ser se nenhuma punição criminal pudesse ir associada ao crime delatado.

A colaboração premiada inscrita na Lei 12.850/2013 não se identifica ainda com outra realidade processual que em numerosos países tem feito o seu curso sob o rótulo de *justiça negociada*[16]. Apesar de se tratar de um movimento inspirado na experiência norte-americana da *plea bargaining*, o seu acolhimento nos sistemas processuais de *civil law* tem ocorrido através da adopção de procedimentos que, formal e materialmente, se mostram completamente distintos do modelo norte-americano da barganha[17]. Em ordenamentos processuais de tipo

16. Cfr. TULKENS, Françoise. Una giustizia negoziata? *In:* DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (orgs.). *Procedure penali d'Europa.* 2. ed. Cedam, 2001, p. 624 e ss., e BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, n. 25, 2015, p. 164 e ss.

17. No sentido da insolvabilidade constitucional da *plea bargaining* num sistema processual de matriz acusatória continental como o português, DIAS, Jorge de Figueiredo.

continental que, à semelhança do brasileiro, assentando embora num paradigma acusatório são marcados por um princípio da legalidade ou da obrigatoriedade da promoção processual e assim pela indisponibilidade do objecto do processo e pela imutabilidade da acusação, os esquemas processuais penais de natureza negociada deixam de fora a delação de terceiros, circunscrevendo-se à confissão de *crimes próprios*. É o que sucede, por exemplo, com os acordos sobre a sentença penal na legislação alemã (§ 257c da StPO)[18] ou com o *patteggiamento* italiano (art. 444 do CPP italiano)[19]. As vantagens penais que num e noutro caso são acenadas ao réu da acção penal reportam-se a um crime dele próprio, traduzindo-se numa atenuação da sua responsabilidade fundada na auto-incriminação ou na admissão de culpabilidade. A mitigação da punição fundada no contributo para a responsabilização de comparticipantes no crime fica à sua margem.

7. A colaboração premiada que encontramos no art. 4º da Lei 12.850/2013 distingue-se destas várias modalidades de colaboração com a justiça penal que enunciámos. É isso que se percebe logo a um primeiro olhar, mesmo que ainda superficial, sobre o instituto.

Qualificada pela Lei 12.850/2013 como um *meio de obtenção de prova* – e não, naturalmente, como um meio de prova –, a colaboração premiada é um instrumento através do qual se procura incentivar um membro de uma organização criminosa a revelar pessoas e factos com ela relacionados mediante uma promessa estadual de vantagens penais (*caput* e § 5º do art. 4º) ou processuais penais (§ 4º do art. 4º). A colaboração consistirá, pelo menos, na prestação de depoimento pelo colaborador e eventualmente ainda no fornecimento de outros meios de prova (*v. g.*, prova documental) ou na participação em outros actos de natureza probatória. Se essa colaboração for determinante da produção de algum dos resultados previstos nos cinco incisos do *caput* do art. 4º – colaboração dita *eficaz*[20] – o colaborador deve, em princípio, beneficiar da vantagem que anteriormente pactuou com o Ministério Público como condição para colaborar[21].

Acordos sobre a sentença em processo penal. O "fim" do Estado de direito ou um novo "princípio"? C. D. do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 16 e ss. e *passim*.

18. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. C. H. Beck, 2014, § 17/7 e ss. e § 44-59 e ss.

19. TONINI, Paolo. *Diritto processuale penale:* Manuale Breve. 9. ed. Giuffrè Editore, 2013, p. 560 e ss.

20. SILVA, Eduardo Araújo da. *Op. cit*. p. 59 e ss.

21. Ac. do STF de 27.04.2010, HC 99736, e Ac. do Superior Tribunal de Justiça brasileiro de 15.06.2010, HC 97509/MG.

No fundo, e reduzindo a questão ao essencial, o Estado promete ao réu impunidade ou atenuação da sua responsabilidade penal a troco de meios de prova úteis para a investigação da organização criminosa a que pertence. Por isso, em geral, a colaboração premiada apresenta-se como um meio de obtenção de provas incriminatórias tanto do próprio colaborador como de terceiros, sendo exacto denominá-la também, como é corrente na doutrina penal brasileira, como *delação* premiada[22]. Na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idóneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada.

Dado que, numa lógica utilitarista, o Estado admite negociar aqui a própria Justiça, nomeadamente, a justiça penal que deveria reservar à conduta criminosa do colaborador, com o fim de perseguir criminalmente outras pessoas, afigura-se altamente problemática a compatibilização deste meio de obtenção de prova com o cânone do Estado de direito e dos princípios constitucionais – penais e processuais penais, mas não só – que dele se projectam ou gravitam na sua órbita.

8. Uma eventual admissibilidade constitucional de princípio da institucionalização legal da colaboração premiada, como aquela que tem vindo a ser sufragada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, não pode desconsiderar os perigos constitucionais que lhe vão necessariamente colados à pele. De modo que, a ser afirmada tal admissibilidade, só poderá sê-lo como uma *solução excepcional* para fazer face a *problemas criminais excepcionais*, pela sua gravidade e complexidade de investigação, e estritamente subordinada a uma exigência de *reserva de lei* e aos princípios da *proibição do excesso* e da *intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais*. E deverão ser sujeitas a esse rigoroso crivo de constitucionalidade não apenas as normas legais quando tomadas pelo seu valor facial, isto é, digamos assim, quando "lidas" ao pé da letra, mas também as interpretações normativas adoptadas pelo Ministério Público e/ou pelo juiz nas suas intervenções processuais no âmbito de acordos de colaboração

22. Cfr., por outros, COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1/2007, p. 95 e ss., e NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa.* Comentários à Lei 12.850*, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

premiada sob invocação de determinada regra legal ou da conjugação de vários preceitos legais.

A mobilização do instituto da colaboração premiada está dependente da verificação de uma pluralidade de condições e pressupostos de ordem material e processual e da obediência a específicos ritos processuais, todos eles legalmente tarimbados e insusceptíveis de derrogação ou ultrapassagem pelos sujeitos processuais intervenientes no pacto de colaboração premiada.

8.1. Pelo que já se adiantou, bem se compreende que o primado do *princípio da legalidade* deva aqui valer em toda a sua plenitude. Desde logo, deve valer no *plano material*, com o seu sentido próprio de que "só a lei é competente para definir *crimes* (…) e respectivas *penas*"[23]. Possíveis exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que beneficiem de directa cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa nesse sentido. Dito de outro modo: é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal.

Só deste jeito, além do mais, será respeitada a função de salvaguarda de competência (*kompetenzwahrende Funktion*) que, a par da função de garantia da liberdade (*freiheitsgewährleistende Funktion*), conforma estruturalmente o princípio constitucional da legalidade criminal[24]. Na verdade, o princípio da separação de poderes, que se procura garantir e efectivar através da prerrogativa de reserva de lei formal ínsita no princípio da legalidade penal, seria frontal e irremissivelmente abatido se ao poder judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a aplicação de sanções não previstas legalmente ou de, sem supedâneo legal, poupar o réu a uma punição. É o que sucederia, por exemplo, no caso de atenuação de uma pena de prisão para lá da redução de "em até 2/3 (dois terços)" prevista no caput do art. 4º da Lei 12.850/2013 ou de concessão de um perdão judicial em relação a um crime não contemplado pela Lei 12.850/2013. Em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de direito como são os da *separação de poderes*, da *legalidade criminal*, *da reserva de lei* e da *igualdade na aplicação da lei*.

23. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I, art. 29º, III.

24. MAUNZ; DÜRIG; SCHMIDT-AßMANN. *Grundgesetz Kommentar*, 74. Ergänzungslieferung, C. H. Beck., 2015, art. 103 Abs. 2, nm. 178 e ss.

Além de se projectar sobre os acordos de colaboração premiada numa vertente material, o princípio constitucional da legalidade criminal cobra neles aplicação também num *plano processual*. De facto, constituindo ele:

> (...) a mais sólida garantia das pessoas contra possíveis arbítrios do Estado, não se vê porque não haja ele de estender-se, na medida imposta pelo seu conteúdo de sentido, ao processo penal, cuja regulamentação pode a todo o momento pôr em grave risco a liberdade das pessoas[25].

Assim, do princípio da legalidade criminal decorre ainda que é na lei, e só na lei e com estrita subordinação ao *iter* processual por ela definido, que poderá ancorar-se qualquer solução penal ou processual adoptada no processo fundada numa colaboração premiada. Logo porque, à partida, será de esperar que a lei haja plasmado os esquemas processuais que, do ponto de vista do legislador, se mostram constitucionalmente conformes e estabelecem os equilíbrios axiológicos, sistemáticos e político-criminais tidos como necessários e adequados. Equilíbrios que, como se intui sem dificuldade, ficam sob imediata ameaça de ruptura em caso de implementação de procedimentos *contra* ou até mesmo *praeter legem*. Mas não só.

Sendo este um domínio de obtenção de prova susceptível de contender com direitos fundamentais dos visados pela delação, faz-se nele sentir com particular intensidade o princípio da formalidade do processo (*Justizförmigkeit des Verfahrens*)[26], que impõe uma exigência de conformidade formal do procedimento com a regulação legal que para ele vale: num processo penal democrático só é admissível uma responsabilização penal baseada em factos apurados de modo processualmente válido, proscrevendo-se uma procura da verdade a todo o custo. Ora, é pelo cumprimento escrupuloso das formalidades prescritas pela lei que este desiderato fundamental poderá ser alcançado. Também aqui a legitimação democrática da decisão judicial só é, portanto, alcançável através de um determinado procedimento prévia e formalmente definido, devendo reconhecer-se, com Roxin e Schünemann, que num processo penal de um Estado de direito a protecção da formalidade do processo não é

25. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 96 e ss. Posição acolhida recentemente pelo Tribunal Constitucional português no Ac. 324/2013, 4. (www.tribunalconstitucional.pt). Ainda nesta direcção, LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, Cap. VI.

26. ROXIN; SCHÜNEMANN. *Strafverfahrensrecht28*, § 1/2 e § 24/19.

menos importante do que a condenação dos culpados e o restabelecimento da paz jurídica[27].

A segurança e previsibilidade que por esta via se procuram imprimir ao processo constituem, de uma outra perspectiva, o indispensável penhor de um cabal e efectivo exercício do *direito de defesa* do réu. A ampla defesa que a este deve ser garantida só é exercitável num quadro processual estável e com regras bem definidas, que permitam ao réu saber, em cada momento, aquilo com que pode contar.

Transpostas estas várias dimensões em que, no fundo, se projecta o princípio constitucional da legalidade processual penal para o âmbito da colaboração premiada, manifestam-se todas elas de modo convergente numa imposição de rigorosa observância de todas as determinações legais que ditam os termos processuais que regulam a sua formação e efectivação. Uma obrigação de conformidade processual que, como é evidente, deve também ela ser examinada pelo juiz no acto de homologação previsto no § 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013 – devendo a homologação ser recusada se o procedimento que culminou no acordo de colaboração premiada ou os passos processuais futuros que nele são convencionados não se ajustarem aos quadros processuais legalmente previstos – e, mais tarde, no acto de eventual concessão dos benefícios antes pactuados.

8.2. Com especial relevo para a questão que nos ocupa e ainda com directa filiação no princípio da legalidade apresenta-se o *princípio do juiz natural*, também designado na experiência germânica, porventura com maior propriedade, como *princípio do juiz legal*, consagrado no art. 5º, LIII, da Constituição: "*Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*". Consiste ele essencialmente "na predeterminação do tribunal competente para o julgamento, proibindo a criação de tribunais *ad hoc* ou a atribuição da competência a um tribunal diferente do que era legalmente competente à data do crime"[28]. Garantia que não se circunscreve, em todo caso, ao julgamento, abrangendo todas as esferas e fases da jurisdição penal.

Esta garantia do juiz legal é imprescindível para a salvaguarda da confiança comunitária no sistema de justiça penal, defendendo-o de manipulações atrabiliárias na designação do juiz da causa que comprometam a isenção e imparcialidade que devem constituir a marca-de-água do múnus judicial e assim a própria realização da justiça no caso.

27. *Idem*.

28. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I, Art. 32º, XVI.

O princípio do juiz natural impõe, antes de mais, que a definição do juiz competente resulte da lei[29]. No plano da fonte, com efeito, só *a lei* pode instituir o juiz e definir-lhe a competência. Esta dimensão, dita *positiva*[30], do princípio do juiz legal abrange não só as regras legais propriamente ditas com relevo para a determinação da competência, como também ainda eventuais regulamentos, regimentos etc., complementares emitidos pelo próprio sistema judiciário. Todas essas prescrições devem possuir natureza geral e abstracta, de modo a evitar a manipulação da fixação da competência relativamente a certos casos ou pessoas. Um receio que, tradicionalmente, era sentido sobretudo em relação ao poder executivo[31], mas que é hoje acompanhado por preocupações voltadas para o interior do próprio poder judiciário.

A esta vinculação a uma ordem taxativa de *competência* legalmente determinada encontra-se associada, numa *dimensão negativa*, um conjunto de proibições de variada ordem, fundadas essencialmente na proscrição da arbitrariedade ou mesmo da discricionariedade no acto de fixação da competência. Designadamente, a proibição de jurisdições de excepção, isto é, tribunais *ad hoc* formados para intervir em determinado processo ao arrepio do quadro legal de natureza geral e abstracta definitório da competência, e a proibição de desaforamento mediante transferência do pleito do tribunal legalmente competente para outro que não encontra na lei justificação para aquisição de competência para intervir no caso.

Neste nosso contexto dos acordos de colaboração premiada, a salvaguarda da garantia do juiz natural passa por uma imposição de interpretação da Lei 12.850/2013 que permita assegurar uma *relação de congruência subjectiva* entre o acto de homologação do acordo de colaboração premiada e a decisão de concessão das vantagens neste previstas. Homologando o acordo, o juiz não se limita a declarar a sua validade legal, mas também, de certo modo, assume um compromisso em nome do Estado: ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas.

---

29. Sobre o que se segue, DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais:* o Tribunal, 2015. Disponível em: [https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083], p. 32 e ss.

30. Ac. do TC português 614/2003 (11.) [www.tribunalconstitucional.pt].

31. DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o princípio jurídico-constitucional do "juiz-natural". *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3.615, ano 111 (1978), p. 83 ss.

Por essa razão, a competência para a homologação deve ser deferida ao tribunal que à partida se anteveja como o competente para o julgamento da causa em 1ª instância e assim para a aplicação ao réu das sanções criminais pelos crimes por que vier eventualmente a ser condenado. Este princípio-regra deve articular-se, no plano sistemático constitucional, com outras normas onde se preveja competência especial de outro tribunal, como é o caso da competência do STF quando um ou mais denunciados no acordo de colaboração beneficiem de prerrogativa de foro privilegiado ante o STF (Constituição, art. 102, I, *b*). De outro modo, teríamos a homologar o acordo e a comprometer-se com certa solução um tribunal que não estaria depois em condições de honrar um tal compromisso, por não ser o tribunal competente para a sentença.

O mesmo vale para os acordos pós-sentenciais previstos no § 5º do art. 4º da Lei 12.850/2013, tendo em vista uma redução da pena já aplicada e transitada em julgado ou uma progressão do seu regime de execução. Competente para a homologação só poderá ser (i) o tribunal que tiver a seu cargo a execução da pena já em cumprimento, pois só ele terá competência para conceder tais benesses ao condenado que, entretanto, se dispôs a colaborar; ou (ii) o Tribunal Supremo (STF) a quem a Constituição confere competência especial pela individualização no rol de pessoas com prerrogativas de foro privilegiado de alguns denunciados nos acordos (CRB, art. 102, I, *b*).

8.3. Em geral e na presente matéria em particular, o princípio do juiz legal guarda uma estreita proximidade com os *princípios da jurisdicionalidade e da independência judicial*. A circunstância de a pena ou o seu regime de execução poderem decisivamente resultar daquilo que houver sido pactuado entre o Ministério Público e o réu é susceptível de comprometer o monopólio judicial em matéria de aplicação de penas criminais se determinadas cautelas não forem observadas. Além disso, na eventualidade de sobre o acordo incidirem distintas decisões judiciais homologatórias, uma eventual pretensão de um tribunal de atribuir à sua homologação uma eficácia que extrapole os estritos limites da sua jurisdição coloca sob ameaça a jurisdição dos demais tribunais efectivamente competentes para o efeito e do mesmo passo a independência destes.

Quanto ao primeiro ponto, relativo ao *princípio da jurisdicionalidade*, o regime da Lei 12.850/2013 só será constitucionalmente solvente no que a ele diz respeito se o tribunal competente para a homologação do acordo de colaboração premiada e para a efectivação das vantagens convencionadas tiver um *real poder decisório* sobre a outorga dos benefícios penais que constem de tal acordo. Não sendo esse o caso, se, na prática, a obtenção de um regime punitivo de favor decorrer exclusiva e materialmente do pactuado entre Ministério Público e réu, será manifesta a afronta à máxima da jurisdicionalidade em sede

de aplicação e execução de *penas*. Este é, na realidade, um daqueles domínios nucleares em que, tanto *de jure* como de facto, devem ser os tribunais a deter o monopólio não apenas da última, mas também, desde logo, da primeira palavra, como manifestação da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais judiciais nas matérias de foro criminal[32].

A *garantia da independência dos tribunais* no âmbito das suas intervenções em processos em que hajam sido firmados acordos de colaboração premiada está por seu turno dependente da existência de condições para que possam livremente tomar as decisões que lhes competem sem obediência a qualquer outra instância ou poder que não os da lei e da Constituição. Como é sabido, a prerrogativa da independência judicial declina-se numa autonomia no exercício da jurisdição por força da qual a existência de uma "qualquer relação hierárquica no plano da organização judicial não poderá ter incidência sobre o exercício da função jurisdicional"[33].

É óbvio que, intraprocessualmente, uma instância judicial deve acatar e dar efeito ao que um tribunal superior haja determinado no âmbito da apreciação de um recurso ou impugnação de uma decisão por si anteriormente tomada. Mas fora isso, e tirando o caso excepcional das súmulas vinculantes do STF (art. 103-A da Constituição Federal)[34], em nenhuma outra hipótese estará um tribunal sujeito ao entendimento que uma outra corte judicial tenha relativamente a um caso que entre na sua competência jurisdicional, mesmo que esta última se trate da mais alta instância judiciária do país[35].

Assim sendo, deverão considerar-se inválidas cláusulas como a seguinte: "Homologado o acordo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior

32. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 664 e s., e DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais:* o Tribunal, 2015. Disponível em: [https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083], p. 7.

33. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 663, e desenvolvidamente NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 101 e ss.

34. Se não é inconstitucional, por beneficiar de expresso respaldo da própria Constituição, a súmula vinculante é porém altamente questionável sob o ponto de vista metodológico – cfr., por último, TARUFFO, Michele. A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade. *Julgar*, n. 25, 2015, p. 22 e *passim*.

35. DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais:* o Tribunal, 2015. Disponível em: [https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083], p. 9 e ss.

Tribunal de Justiça, valerá em todo foro e instância que lhe seja inferior, restando desnecessária sua homologação perante outras instâncias"[36]. Além de se tratar de um pacto de atribuição de competência que não tem qualquer cabimento em processo penal, porque contrário ao princípio do juiz natural, um acordo desta natureza é ainda incompatível com o princípio da independência judicial.

Pertencendo ao STF a competência para o julgamento em 1ª instância de determinada pessoa, em virtude do foro especial que a esta cabe, será o STF quem, em momento anterior, deverá intervir em sede de homologação. Em todo caso, uma tal homologação somente poderá projectar os seus efeitos sobre os factos que formam o objecto do processo e sobre as pessoas submetidas à jurisdição de 1ª instância do STF. Se um cidadão comum à partida excluído desta jurisdição acabar por ser julgado em 1ª instância pelo STF, em virtude de uma válida aplicação de regras legais de conexão processual, a homologação anteriormente proferida poder-lhe-á ser estendida.

Já não será assim, porém, se o STF não detiver competência para o processamento em 1ª instância de tal réu. Neste quadro, o juízo homologatório do STF figurará perante o juiz competente para a causa como o juízo de uma qualquer outra corte de 1ª instância, não o podendo vincular, dada a independência recíproca que entre ambos intercede. Nessa medida, não estará esse juiz obrigado a outorgar ao co-réu colaborador as vantagens a ele prometidas num acordo por si não homologado enquanto juiz legalmente competente para o processo. Nestes termos, sob pena de violação do princípio constitucional da independência judicial, não poderá reconhecer-se validade à auto-atribuição de eficácia judiciária *erga omnes* que frequentemente constam das homologações dos Termos de Colaboração Premiada proferidas pelo STF[37].

4. O conteúdo e os limites da colaboração premiada legalmente admissível

9. Realizado este enquadramento geral jurídico-constitucional de questões penais e processuais penais envolvidas no regime legal da colaboração premiada, pretendemos dirigir a nossa atenção para o concreto clausulado dos termos

36. Termo de colaboração premiada outorgado pelo Ministério Público Federal e Alberto Youssef.

37. *V. g.*, "Ante o exposto, homologo o 'Termo de Colaboração Premiada' (…) a fim de que produza seus jurídicos e legais efeitos *perante qualquer juízo ou tribunal nacional*" (grifo nosso).

de colaboração premiada que fundaram a expansão da Operação Lava Jato, ponderando-o à luz das coordenadas constitucionais que avançámos[38]. Antes, porém, para esse efeito será imprescindível desenvolver um esforço de exegese da regulação inscrita na Lei 12.850/13, a base legal invocada para a celebração daqueles acordos.

a) O âmbito normativo da Lei 12.850/2013: crimes de e da organização criminosa

10. O instrumento processual da colaboração premiada integra-se numa regulação penal e processual penal mais ampla que tem o seu cerne na figura da *organização criminosa*. Do mesmo passo que incrimina a promoção, a constituição, o financiamento e a integração numa organização criminosa, a Lei 12.850/2013 dispõe sobre específicos meios de obtenção de prova que poderão ser mobilizados para a investigação criminal e processamento do crime de organização criminosa e de crimes conexos. Esta limitação do alcance normativo da Lei 12.850/2013 resulta directamente do objecto estipulado logo no seu art. 1º – "Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infracções penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado" – e está em consonância com a teleologia político-criminal que lhe é subjacente.

É tendo em conta a especial gravidade e danosidade social da própria existência de uma associação criminosa e as dificuldades investigatórias com que as instâncias formais de controlo do crime frequentemente se deparam na sua detecção e perseguição penal que se justifica a criminalização da pertença a uma organização criminosa e a previsão de específicos instrumentos probatórios a ela dirigidos especialmente sensíveis para os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos. Considerando estes fundamentos político-criminais e atento o dever estadual de estrita observância do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, temos para nós que o regime legal da Lei 12.850/2013 tem um âmbito normativo bem delimitado, circunscrevendo-se ao delito de organização criminosa e aos crimes a ela ligados, isto é, aos crimes *da* organização (as infracções penais correlatas a que se refere o art. 1º da Lei 12.850/2013).

Crimes externos à organização criminosa caem fora da alçada da Lei 12.850/2013 e não podem ser objecto de perseguição criminal com recurso aos meios de ob-

38. Como referimos no início, teremos em consideração, nomeadamente, os específicos termos de colaboração premiada convencionados pelo Ministério Público Federal com Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef.

tenção de prova nela consagrados e definidos, designadamente, à colaboração premiada. Pois não foi para esses fenómenos criminais que tais meios foram especificamente pensados e postos à disposição da investigação criminal pelo legislador federal. A não ser assim, ficaria aberto caminho para que meios de investigação excepcionais pudessem banalizar-se e ser usados para a repressão de crimes ou contextos criminais cuja gravidade de modo algum justificaria intromissões tão severas na esfera dos direitos de liberdade dos cidadãos como as que são inerentes aos meios de obtenção de prova enunciados no art. 3º da Lei 12.850/2013.

b) Limitação de eficácia da colaboração premiada ao processo em que foi pactuada

11. Além de balizada pelos limites postos pelo objecto estabelecido pela Lei 12.850/2013 – no sentido ora adiantado de que só poderá abranger a organização criminosa integrada pelo colaborador e os crimes de tal organização –, a colaboração premiada conhece ainda uma limitação processual. Concretamente, e como transparece dos §§ 2º e 5º do art. 4º da Lei 12.850/2013, só pode ter eficácia no *específico âmbito de um dado processo em que tenha sido pactuada*. Funcionando a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova, terá ela necessariamente de emergir num certo contexto processual pré-existente, a fim de favorecer a recolha de provas úteis ao esclarecimento dos factos objecto do processo. Um processo, aliás, em que, tratando-se de uma colaboração pré-sentencial, o colaborador deve ser co-réu, já que só deste modo é que terá sentido acenar-lhe com determinados benefícios como contrapartida de uma sua colaboração. De mais a mais, só existindo um processo, e no contexto de um processo, será viável o acto de homologação judicial.

Queremos com isto significar que a colaboração premiada não só não pode ser pactuada fora de um processo, como não pode ter efeitos fora do *seu* processo, designadamente, em relação a crimes legalmente insusceptíveis de processamento conjunto com aqueles que já formam o objecto processual dos autos em que o acordo é celebrado. Acresce que a limitação da eficácia aqui assinalada não pode deixar de ter em conta a utilização destes acordos de delação não apenas para promover processos contra terceiros (nomeadamente os delatados), mas também para proteger outros visados (ex.: familiares de delatores) que são poupados à acção persecutória do MP em virtude de acordo celebrado com o colaborador.

5. VÍCIOS DOS CONCRETOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA FUNDANTES DA OPERAÇÃO LAVA JATO: VANTAGENS PENAIS E PROCESSUAIS INDEVIDAS

5.1. Taxatividade legal dos benefícios premiais

12. A Lei 12.850/2013 prevê duas modalidades de colaboração premiada[39] – a pré-sentencial e a pós-sentencial[40] – e para cada uma delas prevê específicos e autónomos benefícios penais e processuais penais susceptíveis de serem concedidos ao colaborador.

A colaboração pode começar por ser pactuada no período que vai até à prolação da sentença, antes ou depois do oferecimento da denúncia/acusação (art. 4º, §§ 1º a 4º, da Lei 12.850/2013). Nesta fase, podem as partes convencionar *uma* das seguintes três vantagens, de natureza penal, enunciadas no *caput* do art. 4º em termos alternativos (e não cumulativos)[41]: ou o perdão judicial; ou a redução da pena privativa da liberdade em até 2/3; ou ainda a substituição da pena privativa da liberdade por pena restritiva de direitos. Ainda nesta fase, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efectiva colaboração, o § 4º do art. 4º admite a atribuição de *um* benefício processual: a abstenção de oferecimento de denúncia.

Se, pelo contrário, a colaboração só for acordada e efectivada após a sentença, nos termos do § 5º do art. 4º, "a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objectivos".

Como se antecipou supra, todos estes benefícios estão rigorosamente subordinados aos ditames do princípio da legalidade criminal.

Nisto vai implicada a taxatividade do catálogo legal dos benefícios que poderão ser atribuídos ao colaborador: vantagens que não se encontrem legalmente previstas não podem ser prometidas e concedidas. Não se divisando no regime legal qualquer lacuna que careça de integração, será ainda inaceitável a outorga de privilégios extralegais com base em argumentos de identidade ou

39. Decompondo a colaboração pré-sentencial em colaboração pré-processual e processual e por isso aludindo a três espécies de colaboração premiada, SILVA, Eduardo Araújo da. *Op. cit.*, p. 63 e ss.

40. Também designada pós-processual – cfr. SILVA, Eduardo Araújo da. *Op. cit.*, p. 66.

41. BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/2013*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 129.

maioria de razão ou em analogia. Técnicas que, aliás, sempre seriam de reputar-se como inadmissíveis num meio de obtenção de prova que contende com direitos fundamentais de terceiros como é o caso da colaboração premiada.

Do princípio da legalidade resulta de igual modo uma proibição de combinação dos esquemas processuais desenhados na lei que, na prática, redunde na criação jurisprudencial de soluções que não se ajustem aos modelos procedimentais cunhados legalmente. Mais grave, no plano da juridicidade, é a transmutação de acordos de colaboração em *instrumentos* normativos inovadores, *praeter* e *contra legem*, violando a *reserva de lei do* parlamento na definição de crimes e de penas. Assim, na fase pré-sentencial não pode pactuar-se um benefício só previsto para uma colaboração pós-sentencial (*v. g.*, a progressão de regime de execução de pena privativa da liberdade); tal como é proibido conceder-se na fase pós-sentencial um prémio só admitido na fase anterior (*v. g.*, o perdão judicial).

Sendo embora estas as coordenadas que, em homenagem ao princípio da legalidade criminal, devem nortear a celebração de acordos de colaboração premiada, uma análise fina do conteúdo dos termos de colaboração premiada permite percepcionar uma total subversão e manipulação dos quadros premiais definidos na Lei 12.850/2013.

5.2. Vantagens penais sem base legal: a redução da pena de multa

13. Apenas duas das três espécies de penas tarimbadas pelo art. 32º do Código Penal brasileiro se encontram expressamente contempladas pelo *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013, a pena privativa da liberdade e a pena restritiva de direitos. Não obstante, de entre as várias propostas premiais cumulativamente oferecidas pelo Ministério Público Federal nos termos de colaboração premiada em apreço conta-se uma redução da pena de multa que vier a ser aplicada ao réu, de forma a fazê-la coincidir com o seu patamar mínimo[42].

Trata-se, claramente, de uma convenção sem qualquer esteio legal. Em lado algum se faz referência na Lei 12.850/2013 à possibilidade de um acordo de colaboração premiada versar sobre a pena de multa cominada para crimes

42. *V. g.*: "(…) o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos relevados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente: (…) VI. a aplicação da pena de multa a que se refere o art. 58, *caput*, do Código Penal, em seu patamar mínimo, cuja cobrança será realizada pelo Ministério Público Federal nos termos da legislação vigente".

pelos quais o réu possa vir a ser condenado (*v. g.*, o próprio crime de organização criminosa, punível com pena privativa da liberdade *e* multa). Vantagem que, por se mostrar desprovida de cobertura legal, não poderá ser prometida ou concedida.

Além de ferir o princípio da legalidade, o acordo dirigido a uma fixação antecipada da exacta medida da pena de multa a aplicar ao réu colide com *princípio da jurisdicionalidade* e o *princípio da culpa*. Afronta o primeiro, porque, de facto, transfere a competência para a determinação da medida concreta da pena do juiz para o Ministério Público. E atenta contra o segundo, porque, contrariando o disposto no art. 59º do Código Penal, torna a culpabilidade num factor irrelevante para a fixação do *quantum* da pena. Como afirma Figueiredo Dias a propósito do lugar paralelo dos acordos sobre a sentença, de modo aqui inteiramente válido:

> (...) um acordo sobre a *medida concreta da pena* não pode ser considerado admissível, pois que tal significaria uma violação do princípio da culpa e aproximaria de novo o acordo da troca, negócio ou barganha. Ao tribunal, e só a ele, pertence ponderar todas as circunstâncias do caso que relevam para a culpa e a prevenção e, em função delas, encontrar o exacto *quantum* de pena[43].

5.3. Vantagens penais sem base legal (cont.): as progressões de regime pactuadas

14. Além de incidirem indevidamente sobre uma pena que escapa ao catálogo inscrito no *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013, as colaborações premiadas sob análise manifestam uma pretensão de projecção de efeitos sobre a fase executiva da pena de prisão que deverá vir a ser cumprida pelos colaboradores. E isto em dois sentidos: marcando o início da execução de tal pena, fazendo-o coincidir com a assinatura do Termo de Colaboração Premiada, mesmo antes, portanto de este ser judicialmente homologado[44]; e determinando em que termos o cola-

43. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O "fim" do Estado de direito ou um novo "princípio"? C. D. do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 51.

44. *V. g.*: "(…) o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos relevados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente: (…) I. a aplicação ao Colaborador de penas privativas da liberdade, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos reve-

borador passará do regime fechado para os regimes semi-aberto e/ou aberto[45]. Tal sucede, porém, num momento em que os colaboradores não foram ainda sequer julgados e condenados como culpados da prática de qualquer crime de que estejam indiciados nos processos em curso – *i. e.*, numa fase pré-sentencial.

a) Pena sine judictio e sine judex

14.1. Acordos de colaboração premiada dotados de cláusulas estipuladoras de que o cumprimento de pena privativa da liberdade se inicia a partir da assinatura do acordo de colaboração premiada e que "o colaborador cumprirá imediatamente após a assinatura do presente acordo a pena privativa de liberdade em regime fechado"[46] são clamorosamente ilegais e inconstitucionais.

O início de uma pena criminal, ainda para mais por simples e directa determinação do Ministério Público, sem que haja uma sentença judicial que a decrete configura uma autêntica aplicação de pena *sine judictio* e *sine judex*. Nada que, obviamente, se possa aceitar num Estado de direito. A jusestadualidade que deve caracterizar a República Federativa do Brasil e comandar a acção de todos os seus órgãos não consente que um réu sofra a execução de uma pena criminal sem um prévio e devido processo penal (art. 5º, LIV, da Constituição). Tal como não consente, por mor da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais em matéria de aplicação e execução de penas criminais, que uma decisão dessa natureza seja tomada por um órgão externo ao poder judicial[47], como é o Ministério Público (art. 5º, XXXV e LIII, da Constituição).

O pacto de que a pena criminal a aplicar ao réu colaborador deverá iniciar-se ainda antes de ser proferida a respectiva sentença viola ainda o *princípio*

---

lados por intermédio da presente colaboração, as quais depois de unificadas resultem em, no mínimo 30 (trinta) anos de reclusão. (…) § 6. O Colaborador cumprirá imediatamente após a assinatura do presente acordo a pena privativa da liberdade em regime fechado a que se refere o inciso III da presente cláusula".

45. *V. g.*: "(…) o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos relevados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente: (…) III. o cumprimento pelo Colaborador de pena privativa da liberdade em regime fechado por lapso não superior a 5 (cinco) anos e não inferior a 3 (três) anos, iniciando-se a partir da assinatura do presente acordo e detraindo-se o período já cumprido pelo Colaborador a título de prisão provisória após a deflagração da Operação Lava Jato".

46. Cfr. o § 6º da cláusula transcrita na penúltima nota.

47. Neste sentido, logo o fundamental acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 06.06.1967, *in: BVerfGE* 22, 49.

da presunção de inocência, vertido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Estando o princípio constitucionalmente consagrado nestes termos, isto é, com uma amplitude que alcança o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, será constitucionalmente inadmissível uma antecipação processual do cumprimento da pena para um momento em que o réu não foi ainda definitivamente dado como culpado da comissão do crime correspondente (*nulla poena sine culpa*).

b) A pretensão de projecção de efeitos sobre a fase executiva da pena de prisão

14.2. Do mesmo passo que se arroga competência para ditar o imediato cumprimento da pena privativa da liberdade do réu colaborador, o Ministério Público pactua ainda regimes de progressão de meio fechado para semi-aberto e/ou meio aberto decorrido que seja determinado período. Tratos que são feitos sob a premissa explícita ou implicitamente assumida – e que acabámos de ver ser insustentável – de que a pena privativa da liberdade já está em execução. Tal é insusceptível, porém, de iludir a realidade de o acordo ter sido fechado sem que o réu colaborador haja sido judicialmente sentenciado por qualquer crime, estando, por isso, em causa uma *colaboração premiada pré-sentencial*.

Ora, como vimos já, nesta fase pré-sentencial não é legalmente admitido qualquer pacto sobre um futuro regime de execução de uma pena que, em abstracto, poderá vir a ser aplicada ao réu colaborador. O que bem se compreende, pois só faz sentido admitir conversações e decisões sobre o modo de cumprimento de uma pena de prisão depois de esta ter sido definitivamente aplicada e de fixados os factos penalmente relevantes em que se fundamenta. De outra forma ficariam substancialmente ameaçadas as próprias finalidades de prevenção geral e especial que a pena deve, via de regra, satisfazer.

Nesta fase pré-sentencial, o Ministério Público Federal não está, portanto, habilitado pela Lei 12.850/2013 a propor a um réu, como contrapartida da sua colaboração, qualquer regime de progressão de pena. Como tal, deverá o Ministério Público abster-se de prometer aos réus que, prestando colaboração eficaz, passarão para um regime muito mais brando de execução de pena como é o do cumprimento em meio aberto, quando sobre eles pairem ameaças de aplicação de penas privativas da liberdade que podem ascender a dezenas de anos. Como é bom de ver, trata-se de um incentivo à colaboração extraordinariamente aliciante para o réu. Só que é um incentivo enganador, porque a Lei 12.850/2013 não consente a concessão de um tal benefício.

Neste contexto, deverá repudiar-se o argumento de que se o Ministério Público sempre poderia propor essa mesma vantagem de progressão de regime após a sentença condenatória, então não há razão para que o não possa fazer antes. Com efeito, as alterações de regime de cumprimento de pena que o § 5º do art. 4º da Lei 12.850/2013 permite são apenas aquelas fundadas numa colaboração posterior à sentença. Convencionando-se com o réu que a sua colaboração deverá iniciar-se de imediato, antes de qualquer sentença, é evidente que não é este o tipo de colaboração que aquele preceito tem em vista, como se disse, uma colaboração pós-sentencial.

De novo, a par desta afronta ao princípio da legalidade criminal, traduzida no oferecimento e homologação de uma progressão de regime de execução de pena sem cobertura legal, deparamos aqui também com uma violação do *princípio do juiz natural*. Resulta ela de o juiz competente para a homologação deste acordo de colaboração premiada (pré-sentencial) não ser o juiz competente para decidir da questão, já de ordem penitenciária, da modalidade de execução da pena privativa da liberdade a cumprir pelo réu, caso ele venha a ser condenado: o juiz de execução criminal (art. 66, III, *b*, da Lei de Execução Penal brasileira).

Como se mencionou anteriormente, deve haver uma *relação de congruência subjectiva* entre o acto de homologação da colaboração premiada e o acto da efectivação dos benefícios prometidos. Isto para assegurar que o Estado possa honrar o compromisso que assumiu com o réu colaborador. A expectativa de que, neste domínio da colaboração premiada, também para o Estado *pacta sunt servanda* ficaria comprometida se aquela relação de congruência fosse quebrada. Por isso, o § 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013 deve ser interpretada no sentido de que a competência para a homologação de um acordo de colaboração premiada relativo à progressão de regime penitenciário pertence exclusivamente ao juiz de execução criminal. Sendo ela, todavia, interpretada no sentido que vai implícito nos acordos de colaboração premiada – isto é, de que a homologação pode caber a outro juiz que não esse – será clara a ofensa ao princípio do juiz natural.

5.4. Vantagens processuais sem base legal: suspensão dos procedimentos

15. Através da combinação de várias cláusulas, pactua-se nos Termos de Colaboração Premiada um expediente processual através do qual se procura poupar os réus colaboradores à acção penal relativa a crimes objecto de determinados processos e inquéritos policiais pendentes ou futuros. Nomeadamente, os crimes não abrangidos por eventuais sentenças condenatórias que, uma vez

transitadas em julgado, ditem o cumprimento de penas de prisão de determinada duração[48]. O que esta convenção dá notoriamente a perceber é um propósito de inércia na perseguição penal ao réu colaborador manifestado pelo Ministério Público Federal. Inércia que perdurará até que já não seja mais possível proceder contra o réu, por ter entretanto sobrevindo a prescrição do procedimento.

A ilegalidade deste pacto é também ela manifesta.

É certo que a Lei 12.850/2013 prevê, no § 2º do seu art. 4º, a possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento de denúncia ou do próprio processo. Só que o faz não para viabilizar a impunidade, por via processual, do réu colaborador, mas para favorecer a prestação da colaboração pretendida. De maneira que essas suspensões só são admitidas se e na medida em que estejam a ser cumpridas as medidas de colaboração pactuadas ("(…) até que sejam cumpridas as medidas de colaboração"). Não se permite, assim, uma suspensão incondicionada como aquela que consta dos Termos de Colaboração Premiada.

Percebe-se aqui um intuito defraudatório do regime que permita uma sobrestação do procedimento através da omissão de denúncia inscrito no § 4º do art. 4º da Lei 12.850/2013. Neste preceito, o legislador permite, na verdade, que o Ministério Público se abstenha de oferecer denúncia contra o colaborador. Mas isso só se ele *não for o líder* da organização criminosa e *for o primeiro* a prestar efectiva colaboração. Estamos, pois, perante um caso especial de derrogação do princípio da legalidade da promoção processual, cujo accionamento está naturalmente sujeito a estes apertados pressupostos.

Prevendo a lei um mecanismo processual próprio para subtrair o réu colaborador à acção penal, é evidente que não pode ele ser subvertido e contornado

48. *V. g.*: "(…) o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos relevados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente: (…) II. logo após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias que somem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão a que se refere a alínea anterior, a suspensão em relação exclusivamente ao Colaborador de todos os processos e inquéritos policiais em tramitação perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, assim como daqueles que serão instaurados, inclusive perante outros juízos, em decorrência dos fatos revelados a partir da presente colaboração, com a respectiva suspensão de todos os prazos prescricionais, por 10 (dez) anos. (…) § 2º Transcorrido o prazo de 10 (dez) anos sem a prática de fato pelo Colaborador que justifique a rescisão deste acordo, voltarão a fluir os prazos prescricionais de todos os procedimentos suspensos nos termos do inciso II, até a extinção da punibilidade".

através da criação de mecanismos sem sustentação legal destinados a alcançar o resultado para o qual a lei previu uma via processual própria. Lograr-se-ia dessa forma chegar a esse mesmo resultado prescindindo da reunião dos pressupostos de validade estabelecidos pela lei para conceder tal vantagem. A fraude à lei aí perceptível revela à saciedade a violação do *princípio constitucional da legalidade processual*.

A isso acresce um também ele notório sacrifício do *princípio da obrigatoriedade da promoção processual*, dado que por esta via é posto um travão absolutamente genérico e imponderado à perseguição de crimes do colaborador entretanto apurados, por mais graves e socialmente prejudiciais que sejam.

Julgamos não ser necessário encarecer a transcendência do princípio da obrigatoriedade da promoção processual, que constitui verdadeiramente uma das amarras do processo penal à ideia de Estado de Direito material, como correspectivo do princípio do monopólio estadual da justiça penal e da proibição genérica da acção penal privada *e* como expressão processual do dever estadual de protecção de bens jurídicos com referente constitucional[49]. Se é evidente que daqui não decorre uma qualquer imposição de vigência absoluta do princípio da obrigatoriedade[50], também se nos afigura de meridiana clareza que a sua relevância no sistema do Estado de Direito não se compadece com uma sua total e imponderada compressão como a que resulta daquela interpretação da disciplina legal da colaboração premiada. O bloqueio total ali imposto ao funcionamento do princípio da legalidade da promoção processual é incompatível com as injunções que para o Estado resultam do princípio constitucional do monopólio da administração da justiça penal e tem como reverso a desprotecção dos bens jurídicos tutelados pelas infracções criminais em que se consubstanciam os novos factos apurados[51]. Aniquilamento absoluto, e como tal

49. Sobre este dever, desenvolvidamente, ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. *In:* ISENSEE; KIRCHHOF (orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed., IX, § 191, C. F. Müller, 2011, *passim*; e STERN, Klaus, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung. *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010, p. 241 e ss. E para uma sua consideração na dimensão processual, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986, p. 428 e ss.

50. CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente" do sistema. *Revista do Ministério Público*, n. 84, 2000, p. 33 e ss.

51. Nesta direcção, a propósito da chamada figura da "testemunha da coroa", ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. C. H. Beck, 2014, § 14/19.

desproporcionado e arbitrário, dos valores e princípios constitucionais enunciados que, em nosso modo de ver, implica a inconstitucionalidade da referida norma criada por via interpretativa.

A interpretação em desconformidade da Constituição estende-se a várias fugas ao princípio da obrigatoriedade da acção criminal: (i) a montante, descortina-se na renúncia *a priori* da investigação de novos factos, estejam ou não em relação com o processo em causa; e (ii) a jusante, mas ainda na fase de inquérito, o vício de inconstitucionalidade incide sobre a suspensão dos inquéritos em curso contra o delator. Relativamente ao ponto (i) é constitucional e legalmente incontornável a observância da obrigatoriedade da acção penal, pois o MPF não pode comprometer-se a não investigar e determinar o arquivamento de factos novos que não conhece, quer estejam ou não relacionados com o processo. No que se refere ao ponto (ii) – transacção sobre a suspensão de processos ou sobrestamento dos inquéritos em curso, fora dos casos de suspensão legalmente previstas –, é também indiscutível a obrigatoriedade de promoção processual, vedando-se, por isso, a possibilidade de transacção e inerente não cumprimento da obrigação de investigar.

6. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS PROIBIDAS

16. Aqui chegados, temos como seguro que os acordos de colaboração premiada analisados e os actos homologatórios que sobre eles incidiram padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos. Estamos em crer que os pactos de colaboração aqui considerados emergem mesmo como exemplos paradigmáticos de métodos proibidos de obtenção de prova no âmbito da delação premiada. Por isso que, logo à cabeça, caem sob a directa e imediata sanção constante do inciso LVI do art. 5º da Constituição Brasileira: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

A proibição de valoração inerente a esta autêntica *proibição de prova* que envolve os referidos termos de colaboração premiada colhe ainda assento no *caput* do art. 157 Código de Processo Penal Brasileiro, segundo o qual "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Funda-se esta proibição de valoração, essencialmente, na obtenção de meios probatórios – *maxime*, de declarações auto e hetero-incriminatórias dos réus colaboradores – através de uma colaboração processual recebida a troco da promessa da concessão de vantagens penais e processuais penais que, à face da Lei 12.850/2013, não podem ser concedidas.

O engodo do réu com promessas falsas é um método que, pelo seu carácter enganoso, merece, há séculos! A censura das leis e dos cultores das ciências penais. Para não ir mais longe, já no antigo direito português, Pascoal de Melo Freire advertia os juízes, quanto ao "modo como se deve inquirir o réu", que "não se deve usar persuasões dolosas e *promessas de impunidade ou de pena branda*"[52]. Uma doutrina à época também veiculada por Pereira e Sousa, ao recomendar que "deve evitar-se a sugestão, e não deve usar-se de dolosas persuasões; e *falsas promessas*"[53].

Como não poderia deixar de ser, esta *proibição de falsas promessas* ao réu para, por via delas, levá-lo a colaborar com o processo é ainda hoje acolhida, implícita ou mesmo expressamente, pela generalidade das legislações processuais dos Estados orientados pela matriz do princípio do Estado de direito. É o caso, por exemplo, do Código de Processo Penal português, cujo art. 126º, n. 2, alínea *e)* – em concretização do art. 32º, n. 8, da Constituição portuguesa –, qualifica como ofensivas da integridade física ou moral das pessoas, e como tal proibidas, as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante *promessa de vantagem legalmente inadmissível*. Provas que assim são taxadas como *absolutamente* nulas[54], não podendo ser usadas[55].

É também nesta direcção, e igualmente no quadro dogmático da doutrina das proibições de prova, que se inclina a experiência processual penal alemã, louvando-se no § 136a, n. 1, última proposição, da StPO: *a promessa de uma vantagem não legalmente prevista é proibida*[56]. Nesta base, conclui-se, *una voce*, ser inadmissível a oferta de uma promessa de uma vantagem desprovida de

52. MELO FREIRE DOS REIS, Pascoal José de. *Instituições de direito criminal português*, 1794. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1012.pdf] (grifo nosso).

53. SOUSA, Joaquim Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 2. ed., Lisboa, 1800. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1072.pdf] (grifo nosso).

54. Neste sentido de que "a interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal", CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I, Art. 32º, XV, com a concordância de toda a doutrina e jurisprudência comum e constitucional (cfr. Ac. do TC n. 426/2005, [www.tribunalconstitucional.pt]).

55. Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 209 e ss., e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal*. 4. ed. Univ. Católica Editora, 2011, Art. 126º, nm. 21.

56. No original: § 136a (Verbotene Vernehmungsmethoden; Beweisverwertungsverbote): (1) (…) Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und *das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten*".

cobertura legal como contrapartida de um depoimento ou de um certo conteúdo do depoimento[57]. Entre tais promessas tidas como proibidas conta-se, naturalmente, a garantia de impunidade oferecida a um co-réu para que incrimine um seu cúmplice[58].

Cremos não poder ser senão este também o enquadramento a atribuir aos acordos de colaboração premiada a que vimos fazendo referência na seara do direito processual penal brasileiro, mediante recurso ao art. 5º, LVI, da Constituição Brasileira e ao art. 157º do CPP.

Só um absoluto e total repúdio da admissibilidade de provas obtidas através de falsas e ilegais promessas fará jus ao respeito pela dignidade pessoal das pessoas enganadas, à protecção do seu direito fundamental à não auto-incriminação, a uma ideia de processo *fair* e à preservação da rectidão ética que deve ser timbre do Estado. Todas estas dimensões essenciais para uma concepção da estadualidade consonante com o princípio rector do Estado de direito, postas directamente em xeque pelos acordos de colaboração premiada *sub judice*, implicam necessariamente uma directa recondução da questão ao âmago do ideário das proibições de prova. Pois são precisamente elas que fundam a máxima cogência que às proibições de prova deve ser assegurada como expressão de autênticos direitos de defesa (*Abwehrrechte*) do cidadão na sua relação com o Estado[59].

Nos acordos de colaboração premiada em apreço começa por saltar à vista a ofensa palmar à *garantia fundamental contra a auto-incriminação*, consagrada expressamente pelo art. 5º, LXIII, da Constituição brasileira na sua dimensão nuclear do *direito ao silêncio*. Só verdadeiramente poderá reconhecer-se um *nemo tenetur se impsum acusare* ali onde uma qualquer colaboração processual do suspeito ou do réu represente uma expressão autêntica da sua liberdade de decisão. Para que essa colaboração possa assumir-se como uma manifestação de auto-responsabilidade e do direito fundamental do réu à sua autodetermi-

57. DIEMER, Herbert. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 7. ed. C. H. Beck, § 136ª, 2013, § 136a, nm. 32.

58. *Idem*, e PFEIFFER, Gerd. *Strafprozeßordnung*. 5. ed. C. H. Beck, 2005, § 136a, nm. 10.

59. Para uma síntese dos fundamentos político-criminais e axiológico-teleológicos da figura das proibições de prova, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 117 e ss. Cfr. ainda, em sentido convergente, MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A Ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br].

nação[60] é imperioso que a sua prestação se desenvolva num ambiente de plena liberdade e informação. Declarações extorquidas através de manipulações e enganos não representam um exercício de liberdade e autodeterminação, mas a sua mais lídima negação. Nesta ordem de ideias, é pacífico que depoimentos recolhidos de um suspeito com recurso ao engano, como sucede quando para esse efeito lhe são prometidos benefícios destituídos de fundamento legal, representam uma ofensa à sua integridade moral e não podem, pura e simplesmente, ser usados contra ele.

O atentado à dignidade pessoal dos réus determinado pelo procedimento ludibrioso identificado não se esgota no facto de eles serem levados a acusar-se a si mesmos em virtude de um engano em que o Estado os faz incorrer. Radica ainda também na instrumentalização de que são alvos para um fim que lhes é estranho, a perseguição criminal de terceiros. O que estes acordos de colaboração premiada revelam é uma tentativa de *a outrance* criar condições para a obtenção de provas incriminatórias de pessoas suas parceiras no crime. Para isso, lança-se mão do instrumento insidioso das promessas falsas, com sacrifício das mais elementares garantias de defesa próprias do estatuto processual do réu. Este vê-se assim manipulado para fins que lhe são alheios, fazendo desembocar esta prática processual num atentado contra a dignidade do réu, como se reconhece, desde Kant, sempre que alguém é usado para a prossecução de fins que lhe são estranhos.

Postas assim as coisas, consideramos que a proibição de valoração de provas obtidas deste jeito enganoso deve ser absoluta, projectando-se não apenas na direcção do colaborador enganado, como também *na dos terceiros* visados pelas suas declarações delatórias[61]. Só assim será minimamente assegurada neste domínio a eficácia contra-fáctica de que as proibições de prova devem ser portadoras, mostrando que a ilegalidade não compensa. Até porque se assim não fosse conseguir-se-ia atingir, por vias travessas, o resultado pretendido

60. Como esclarece ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 121 e ss., "o que aqui está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade. Na liberdade de declaração espelha-se, assim, o estatuto do arguido como autêntico *sujeito processual*".

61. Nesta direcção, pronunciando-se a favor de um carácter *erga omnes* das proibições de prova, CORREIA, João Conde. Distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. *Revista do CEJ*, n. 4, 2006, p. 195.

pelo Ministério Público com a promessa de vantagens que a lei não quis atribuir ao colaborador: a impunidade deste, resultante da proibição de valoração contra si das declarações auto-incriminatórias prestadas; e a incriminação dos terceiros por ele delatados em tais declarações.

Além disso, a defesa da matriz ética do Estado e, do mesmo passo, do carácter equitativo do processo impõem uma cortante demarcação de práticas processuais insidiosas e desleais, o que só se consegue com o isolamento e completa extirpação dos meios de prova através delas obtidos. Permitir que tais provas possam sobreviver contra terceiros, isto é, as pessoas atingidas pelas delações delas constantes, significaria pactuar com condutas anti-éticas e representaria ainda uma demissão em relação ao compromisso de protecção dos cidadãos inerente ao princípio do Estado de direito que deve constituir a pedra-de-toque da acção de todos os órgãos estaduais, *maxime* no domínio processual penal. A porta que assim seria escancarada para a disseminação de tão deletérias práticas seria a mesma por onde não tardaria a entrar a desconfiança da comunidade no sistema de justiça penal e concomitantemente o descrédito deste.

Tudo que, numa derradeira palavra, deve determinar uma *irrestrita proibição de valoração* das declarações auto e hetero-incriminatórias produzidas por réus *como contrapartida* de vantagens penais e processuais penais legalmente indevidas propostas pelo Ministério Público Federal. Ou seja, uma proibição de valoração *na esfera processual destes réus* e ainda, simultaneamente, *na esfera processual das demais pessoas por eles incriminadas* nos seus depoimentos delatórios.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal*. 4. ed. Univ. Católica Editora, 2011.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

BECCARIA, Cesare. *Dei dellitti e delle Pene*, 1764.

BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*, *Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, n. 25, 2015.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente" do sistema. *Revista do Ministério Público*, n. 84, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I.

CORREIA, João Conde. Distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. *Revista do CEJ*, n. 4, 2006.

COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1/2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o princípio jurídico-constitucional do "juiz-natural". *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3.615, ano 111 (1978).

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal.* O "fim" do Estado de direito ou um novo "princípio"? C. D. do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais:* o Tribunal, 2015. Disponível em: [https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083].

DIEMER, Herbert. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 7. ed. C. H. Beck, § 136ª, 2013.

MELO FREIRE DOS REIS, Pascoal José de. *Instituições de direito criminal português*, 1794. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1012.pdf].

GUZMÁN DALBORA, José Luis. Do prémio da felonia na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2/2011.

HOFSTADTER, Douglas R. *Gödel, Escher, Bach – Laços Eternos*, Gradiva, 1970.

ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. *In:* ISENSEE; KIRCHHOF (orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed., IX, § 191, C. F. Müller, 2011.

JAHN; KIRSCH. Fragen der Criminal Compliance im Schnittfeld von materiellem Recht, Strafverfahrens – und Verfassungsrecht. *In:* ROTSCH (org.). *Criminal Compliance Handbuch*, Nomos, 2015.

JESTAEDT; LEPSIUS; MÖLLERS; SCHÖNBERGER. *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp Verlag, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

KUNZ, Karl-Ludwig; MONA, Martino. *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie*, UTB GmbH, 2006.

MAUNZ; DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*, 74. Ergänzungslieferung, C. H. Beck, 2015.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A Ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br].

NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa.* Comentários à Lei 12.850, *de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PETER, Stefan. Erga omnes Menschenrechte. *In:* MERTEN; PAPIER (orgs.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, C. F. Müller, 2009. v. VI/2.

PFEIFFER, Gerd. *Strafprozeßordnung*. 5. ed. C. H. Beck, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Constituição da República do Brasil, art. 4º/II. *In:* CANOTILHO, Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. *Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

SIEBER, Ulrich. O futuro do direito penal europeu – Uma nova abordagem dos objectivos e dos modelos de um sistema de direito penal europeu. *In:* MONTE, Mário *et alii*. *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/2013*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STERN, Klaus, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung. *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. C. H. Beck, 2014.

SOUSA, Joaquim Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 2. ed., Lisboa, 1800. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1072.pdf].

TONINI, Paolo. *Diritto processuale penale:* Manuale Breve. 9. ed. Giuffrè Editore, 2013.

TARUFFO, Michele. A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade. *Julgar*, n. 25, 2015.

TULKENS, Françoise. Una giustizia negoziata? *In:* DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (orgs.). *Procedure penali d'Europa*. 2. ed. Cedam, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato", de Thiago Bottino – *RBCCrim* 122/359-390 (DTR\2016\22984); e
- Valor probatório da colaboração processual (delação premiada), de Frederico Valdez Pereira – *RT* 879/475, *RBCCrim* 77/175-201 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/577-601 (DTR\2009\828).

Processo penal e democracia: as práticas repressivas aos movimentos operários na Primeira República

Democracy and criminal procedure: the criminalisation of the working class in the beggining of the 20th Century

Manuela Abath Valença

Doutoranda pelo PPGD-UnB. Professora da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.
manuelaabath@gmail.com

Recebido em: 30.09.2016
Aprovado em: 24.10.2016
Última versão autor(a)(es): 25.11.2016

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Democracia e processo penal parecem ter, na história do Brasil, caminhos que se cruzam muito rapidamente e em seguida se distanciam. Há um século e ainda hoje alimentamos discursos semelhantes sobre sujeitos perigosos e temíveis e recorremos às mesmas estratégias: relativizar garantias constitucionalmente consagradas em nome da imperiosa defesa da ordem pública. Neste artigo, buscamos refletir sobre esse desencontro analisando um período específico da história da democracia e do processo penal brasileiro: os anos de 1917 a 1920, período de forte atuação dos movimentos operários na Primeira República. Para tanto, examinaremos as práticas policiais na cidade do Recife no período, a partir dos documentos produzidos pelos chefes de polícia, delegados e subdelegados e coletados no Arquivo Público Estadual Jordão Emerenciano e os discursos policiais e judiciais preferidos ao longo da Conferência Judiciário Policial de 1917, convocada pelo chefe de Polícia do Distrito Federal, Aurelino Leal.

Palavras-chave: Processo Penal – Democracia – Garantias fundamentais – Polícia – Movimentos operários.

Abstract: Democracy and criminal procedure seem to be in a constant movement of intersection and detachment. In the beginning of the 20th century and today, we see similar speeches about dangerous people and we use the same strategies: relativize the due process of law in the name of the public order. In this article, we reflect about this mismatch analyzing a specific period of the Brazilian history: the years of 1917 to 1920, when a lot of working class movements happened. Therefore, we will examine the practices of the police in the city of Recife during this period. We collected datas from the files – found on the Arquivo Público Estadual Jordão Emerenciano. We analyzed too police and judicial speeches pronounced along the Police Judicial Conference of 1917, organized by Aurelino Leal.

Keywords: Criminal Procedure – Democracy – Due process of law – Police – Working class movements.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Processo penal e democracia. 3. Práticas e discursos punitivos e movimentos sociais na Primeira República. 3.1. A ética do trabalho e a modernização da sociedade brasileira. 3.2. O poder de polícia e a ordenação das cidades. 3.3. As práticas policiais e a repressão aos movimentos operários de 1917 a 1920. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

> Ministério das Relações Exteriores. Rio de Janeiro, 7 de fevereiro de 1919. Gabinete do Ministro. Confidencial. Senhor Ministro: A embaixada Americana acaba de me communicar haver recebido um telegrama da Legação Americana em Christiania, em que o adido militar dez que soube, por fonte absolutamente neutra, que alguns agentes russos bolshevick, pretendem, com passaportes falsos dinamarqueses, vir ao Brasil. A embaixada oferece-se, caso julguemos necessário, a fazer mais detalhes para impedir que cheguem ao Brasil esses elementos perigosos para a nossa ordem pública.[1]

Há um século, vivíamos em nosso país intensas lutas sociais que culminaram em episódios como a revolta da vacina, a revolta da chibata e a greve geral de 1917. Naquele momento, além dos conhecidos desordeiros do império – vadios, ébrios, prostitutas, mendigos e loucos – o *fantasma bolchevique* assombrava as elites e o governo, aparecendo constantemente nos documentos policiais. A leitura do ofício acima descrito, encaminhado a diversos chefes de polícia em todo o Brasil, a mando do Ministro das Relações Exteriores, demonstra essa preocupação, que, por sua vez, não se limitaria à Polícia. O campo jurídico como um todo seria bastante provocado pelo desafio de conciliar liberdade e igualdade impostos pela República e as velhas e novas demandas por controle da insurgência, notadamente, agora, das associações operárias.

A Conferência Judiciário-Policial, realizada no Distrito Federal, em 1917, e convocada pelo seu Chefe de Polícia, Aurelino Leal, reuniu diversos juízes e policiais para conversar sobre os principais temas relacionados à segurança em nosso país, tendo recebido atenção a questão da prostituição, dos jogos de azar, da vagabundagem, do trânsito e, claro, dos movimentos operários. O que fazer com esses últimos, representantes, por excelência, do risco às velhas estruturas socioeconômicas que a República não teria sido capaz de mudar?

Entre combater uma realidade ameaçadora e preservar um ordenamento jurídico consagrador de direitos e garantias individuais, resta pouca dúvida

1. Comunicado enviado ao Chefe de Polícia de Pernambuco pelo Chefe de Polícia do Distrito Federal, Antonio da Costa Araújo. APEJE, Ofícios da Chefia de Polícia de Pernambuco. 1919. Fundo SSP. Livro 1317.

de que as nossas autoridades decidiram pela primeira das alternativas. A frase célebre de Washington Luís não deixava dúvidas: a questão social no Brasil seria um caso de polícia.

A polícia não seria a única, mas a principal agência de estado a lidar com a questão social no período. Não a única, porque o discurso jurídico da época galvanizava-se entre aqueles que apoiavam irrestritamente a repressão como uma forma de combate aos desordeiros e aqueles que, influenciados pelas ideias da Escola Positivista Italiana, pregavam a criação de centros de tratamento e reabilitação para disciplinamento e educação dos que se negavam a incorporar uma ética do trabalho.

Sendo assim, além das práticas puramente repressivas, o Estado brasileiro investiria em outras estruturas de disciplinamento, como as casas correcionais para menores.

Por outro lado, as polícias apresentavam sérios problemas de estrutura e pessoal, dificultando a repressão e vigilância constante dos indivíduos perigosos e das organizações sindicais e obreiras que iriam protagonizar os movimentos grevistas.

Porém, nada disso afasta a evidência da forte presença da polícia na condução do ordenamento urbano nas cidades brasileiras na Primeira República. Operários e operárias, junto aos negros e às negras, mendigos, ébrios e prostitutas *escandalosas*, como eram mencionadas em nossas legislações, seriam o principal alvo da vigilância e do controle policial, pois compunham a imagem das classes perigosas de nosso país. Contra eles, lançou-se mão das mais diversas práticas, com ou sem aval constitucional. Ou melhor, apesar das garantias e direitos fundamentais da constituição, o risco promovido pelas classes sociais justificou a intervenção dura e incisiva das forças policiais, muitas vezes com apoio e a autorização do poder judiciário.

Sem dúvidas, uma Razão de Estado poderia ser o fundamento político da suspensão eventual da ordem constitucional liberal. O estado de exceção encontra justificativa exatamente na singularidade do momento político, que legitima o rigor da suspensão da lei. A defesa social, esse conceito de amplíssimo sentido, demandaria uma atuação mais enérgica por parte dos agentes policiais, sob o crivo daquele poder que deve guardar a constituição, isto é, o poder judiciário. São bastante emblemáticas, por exemplo, no período histórico mencionado, as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre poder de polícia e sua abrangência, sempre deixando à polícia a ampla liberdade de atuar frente aos riscos sociais. Falaremos melhor sobre esse aspecto ao longo desse texto.

Cem anos se passaram e hoje observamos a permanência de uma queda de braços entre juristas a respeito do papel a ser desempenhado pelo processo penal em uma democracia: se de garantia de direitos individuais dos(as) acusados(as) ou se de busca pela eficiência no combate à criminalidade, havendo, ainda, os que tentam uma conciliação entre essas duas metas. Mais uma vez visualizamos discursos que colocam na berlinda as garantias processuais descritas em nossos textos jurídicos, culpando-as pela ineficiência no combate à corrupção, à criminalidade e à insegurança. Talvez as "Dez medidas contra a corrupção"[2], emplacadas pelo Ministério Público Federal sejam bastante emblemáticas desse tipo de posicionamento.

O que esses discursos escondem, entretanto, é que essas garantias existem pouco para além dos textos jurídicos. A criminologia crítica brasileira e latino-americana nos lembra todos os dias de que, do lado de cá do Equador, o racismo, o pé na porta e a invasão de residências, os mandados de busca e apreensão coletivos, as penas de morte sem previsão legal e sem processo, a tortura e o abuso das prisões preventivas possuem uma história firme e constante no trato com negros e negras, moradores e moradoras dos bairros periféricos das nossas cidades. Para alguns, jamais existiu, no processo penal, tratamento constitucional e sempre imperou um estado de exceção permanente.

Apesar dessa permanência ao longo da história, vivemos em 2016 um contexto político peculiar e, quiçá, o mais delicado desde a redemocratização na década de 1980. A derrubada de um governo democraticamente eleito por forças parlamentares conservadoras, sob o pretexto de combate à corrupção, colocou mais uma vez esta questão no centro do debate e fortaleceu discursos sobre a relativização das garantias processuais penais. Na operação Lava Jato, deflagrada para investigar e processar, dentre outros, supostos crimes praticados contra o patrimônio da Petrobrás, já vimos de tudo: prisões preventivas e temporárias arbitrariamente decretadas, mandados de condução coercitiva emitidos sem descumprimento de anterior ordem de comparecimento em sede policial, publicação em veículos de comunicação de gravações telefônicas protegidas pelo sigilo constitucional e legal, dentre tantas outras. Tudo sob o crivo ou a aceitação tácita de um juiz da 13ª Vara da Justiça Federal do Paraná, Sérgio Moro.

2. As "Dez medidas contra a corrupção", o Projeto de Lei 4850, tramita na Câmara dos Deputados desde março de 2016 e prevê diversas alterações legais nos Códigos Penal, de Processo Penal e em legislações esparsas. São, em apertada síntese, medidas que relativizam garantias e direitos fundamentais do acusado, sob o pretexto de tornar mais eficiente a luta contra a corrupção.

No dia 22 de setembro de 2016, o TRF da 4ª Região, ao qual está vinculado o magistrado, arquivou uma representação feita por dezenas de advogados contra as arbitrariedades promovidas por Moro, sob a justificativa de que o caso da Lava Jato não seria igual aos demais. Aqui, representantes do poder judiciário não se acanharam em declarar que, nesse caso, as leis não poderiam ser seguidas à risca. A exceção, porém, é um padrão, pois, repita-se, a Lava Jato não inova quando opera sob um processo penal de exceção; a Lava Jato expande esse processo de natureza inconstitucional.

Democracia e processo penal parecem ter caminhos que se cruzam muito rapidamente e, em seguida se distanciam. Há um século e hoje vivenciamos dilemas semelhantes e, pior, recorremos a estratégias igualmente trágicas em nome da ordem pública.

Neste artigo, buscamos refletir sobre esse desencontro analisando um período específico da história da democracia e do processo penal brasileiro: os anos de 1917 a 1920, período de intensa atuação dos movimentos operários na Primeira República. Para tanto, a partir das compreensões sobre estado de exceção e Razão de Estado em Giorgio Agemben e Roberto Romano, de estudos históricos sobre as práticas punitivas e da contribuição metodológica foucaultiana, examinaremos as práticas policiais na cidade do Recife no período, a partir dos documentos produzidos pelos chefes de polícia, delegados e subdelegados e os discursos policiais e judiciais preferidos ao longo da Conferência Judiciário-Policial de 1917, convocada pelo chefe de Polícia do Distrito Federal, Aurelino Leal.

Em um primeiro momento, refletimos sobre o papel do processo penal na democracia e os conceitos políticos de estado de exceção e razão de estado, que nos ajudam a compreender os constantes arroubos autoritários a que é submetido nosso arcabouço processual penal desde a sua constituição no início do século XIX.

Em um segundo momento, analisamos os discursos proferidos por policiais e juízes na Conferência Judiciário-Policial de 1917, convocada pelo chefe de Polícia do Distrito Federal, Aurelino Leal, ocorrida no Rio de Janeiro, sobre poder de polícia, a questão operária e a repressão aos movimentos sociais.

Por fim, examinamos as práticas da polícia recifense nos anos de 1917 a 1920 diante dos já chamados de subversivos e as organizações obreiras, a partir dos documentos produzidos pelos chefes de polícia, delegados e subdelegados e coletados no Arquivo Público Estadual Jordão Emerenciano (APEJE)[3].

3. Este trabalho é parte de uma pesquisa mais ampla sobre discursos e práticas punitivas na Primeira República, que vem sendo desenvolvida para a tese de doutorado da autora.

2. PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA

Os constitucionalismos, a partir do século XVIII, modificaram as estruturas de organização e legitimação dos Estados Modernos. As constituições, fruto do Poder Constituinte do povo, abarcariam regras de estruturação dessas organizações políticas – divisão de poderes, atribuições e competências de cada um deles, dentro outras – e também um conjunto de direitos dos cidadãos, cujo teor se modificou a depender das disputas ideológicas acerca dos papéis que deveria desempenhar o Estado.

Sem dúvidas, é um importante marco das democracias oitocentistas as declarações de direitos, a exemplo da editada em 1789, na França. Não precisamos aqui pontuar que essas democracias instauradas a partir das revoluções burguesas consagravam pouca ou nenhuma participação popular e que o direito era constantemente instrumentalizado em prol dos interesses da classe de proprietários. Porém, desde então, um conjunto de garantias individuais passou a ser um marco na tarefa persecutória penal do Estado, com previsões de proibição de prisões ilegais, de controle judicial sobre a detenção, do *habeas corpus*, do devido processo legal dentre outros.

Sendo assim, em democracias, caberia ao processo penal precipuamente a tarefa de limitar as instâncias punitivas para uma atuação estritamente legal e justa. Entre a eficiência e a proteção dos direitos, o processo penal seria tanto mais democrático quando mais se aproximasse desta última demanda. Em resumo, "toda vez que o processo penal cede à eficácia, a tortura reaparece sob formas sutis ou brutais"[4].

O Brasil consagra, desde a Constituição de 1824, garantias tipicamente liberais que se aplicam ao processamento e julgamento de crimes no Brasil. Por certo, a história dessas garantias é constantemente marcada por arroubos autoritários que alteram seus programas e suprimem direitos.

Ainda mais crítico é o fato de que, na prática, o sistema punitivo brasileiro sempre reservou a alguns acusatoriedade e a outros inquisitoriedade, protagonizando atos de seletividade, arbitrariedades, torturas, maus tratos e ausência de controle da atividade policial contra parcela da população considerada indigna da proteção constitucional.

4. BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 194.

Aliás, é de se notar que é uma marca do liberalismo a tensão entre a necessidade de garantir liberdades individuais e ordem[5], leitura que, em certa medida, alia-se à noção agambiana de estado de exceção, compreendendo, portanto, que ao lado da Constituição e seus direitos sempre existiram os perigosos ou inimigos sociais e ameaçadores da ordem. A estes, em nome da defesa social, estão autorizadas as leis de emergência ou, quando não as leis, o tratamento de emergência.

O estado de exceção é uma expressão da razão de Estado, isto é, "o uso da força ou meio de exceção a serviço do poder"[6]. Em sociedades autoritárias, a razão de estado estará expressamente a serviço das classes dominantes, jogando no campo da exceção todos os dissidentes. Para Prado,

> em regime autoritário nem todas as demandas são expostas e o critério de atendimento não é uniforme e impessoal. Por óbvio, o sistema penal é chamado a calar os dissidentes e toda classe de pessoas que se insurgem contra a arbitrária distribuição de bens e valores.[7]

Nessas configurações, não restam dúvidas de que o governante quebra a lei em nome de seu governo e de supostos interesses de segurança nacional. Em outras palavras, o "golpe de Estado" é visível.

Porém, como destaca Romano, "nem todo golpe se resume à quartelada. Pelo contrário, os golpes de Estado mais bem sucedidos são inapercebidos pela maioria, consistem nas 'leituras' enviesadas das Constituições em proveito de interesses governamentais ou de mercado"[8]. Assim, complementa, "golpe e razão de estado suspendem o direito e a justiça"[9].

Para Agamben, o estado de exceção como situação de suspensão de direitos passa paulatinamente, no curso do século XX, a se desvincular de situações de guerra e emergência e passa a ser permanente, coexistindo com a ordem constitucional.

---

5. PRANDO, Camila C. de M. *O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário a Revista de Direito Penal* (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 157.
6. ROMANO, Roberto. *Razão de Estado e outros estados de razão*. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 48.
7. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 64.
8. ROMANO, *op. cit.* p. 59.
9. *Ibidem*. p. 60.

Ao trabalhar esse conceito, Agamben explora a concepção de Carl Schmitt de soberania. Para este último autor, o soberano é aquele que tem a capacidade de decidir sobre o estado de exceção. As concepções de ditadura comissária e soberana refletem essa definição. Na primeira, o soberano suspende a lei e ela, embora em vigor, não se aplica. Na ditadura soberana, verdadeira anulação da ordem anterior, a nova norma se aplica, embora ainda não esteja formalmente em vigor. Agamben então conclui que as normas de direito e as de realização do direito se opõem e essa decisão sobre quando se deve suspender a norma é fundamental.

Para o autor, na concepção schmittiana, o estado de exceção é "o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade"[10] e sempre na busca constante de ser uma realidade juridicamente possível. No estado de exceção a lei perde sua força e atos que não são lei, ganham forma de lei, mormente os decretos executivos. Agamben conclui que o estado de exceção "é um estado anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de lei)"[11].

Contemporaneamente, essa indiscernibilidade entre estado de exceção e direito ou essa zona de anomia em que atos têm força de lei, faz com que a ordem jurídica seja impunemente eliminada, a partir de uma violência governamental[12].

O autor esclarece que, desde as experiências dos campos de concentração nazista, o paradigma da contemporaneidade tem sido a estrutura do III Reich: uma ordem constitucional que não chega a ser de todo revogada e, ao lado dela, os campos de concentração e extermínio, onde o estado administra a vida e a morte.

Ele conclui:

> O estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição.[13]

10. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* São Paulo: Boitempo, 2004, p. 58.
11. *Ibidem*, p. 61.
12. *Ibidem,* p. 131.
13. *Ibidem,* p. 13.

Desde a década de 1990, no Brasil e, principalmente após o 11 de setembro, no mundo, o pacto metaforicamente feito com o Estado vem admitindo uma série de restrições a garantias processuais penais constitucionais, tais como a intimidade, a presunção de inocência, o juízo natural etc., como mecanismo que busca, desesperadamente, dar conta do crescimento da sensação de insegurança.

Quais agentes estatais são responsáveis pela relativização dessas garantias? Por certo, como destaca Romano, a Razão de Estado demanda como instrumentos essenciais a polícia e a espionagem, porque, através dessas duas atividades, o poder "se esconde e esconde suas iniciativas dos olhos dos cidadãos". Porém, toda democracia possui formas de regulamentação da atividade policial. Portanto, o controle judicial e ministerial sobre a atividade policial constituiria um freio às suas ilegalidades e arbitrariedades, ou, de outro modo, a reafirmação da ordem constitucional.

Aliás, reside justamente aqui as fortes tensões que se estabelecem, por vezes, entre polícia e poder judiciário, sintetizadas no jargão tão antigo quanto inadequado, segundo o qual, a "polícia prende e a justiça solta".

Conforme veremos nos próximos pontos, a polícia no Brasil atuou com profunda autonomia ao longo do século XIX e início do século XX. No relatório de atividades da 1ª Delegacia de Polícia do Recife, o delegado comunicava ao Chefe de Polícia de Pernambuco que, naquele mês de 1920,

> Foram recolhidos a penitenciária a minha ordem as seguintes pessoas: (...) João Luiz de França para veriguações (sic) policiaes. Nenhuma pessoa foi recolhida á minha ordem por vagabundagem ou loucura.[14]

O pequeno trecho destacado ressalta duas práticas largamente utilizadas pela polícia: a prisão para averiguação e o controle da ordem da cidade através da detenção de vagabundos e loucos, atribuições estas dadas pela própria lei ou pela ampla interpretação que o judiciário tinha sobre o que constituía o poder de polícia.

Sendo assim, as relações entre polícia e justiça são e sempre foram complexas e ambíguas. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 603616, de novembro de 2015, sobre inviolabilidade de domicílio, por exemplo, autorizando as denunciadas práticas policiais de "entrada franqueada" no caso de drogas é o retrato do descompasso entre democracia e direitos e a demanda por segurança, em que o judiciário cede à razão policial.

14. APEJE. Fundo SSP. 1920. Livro 461.

Na Conferência Judiciário-Policial de 1917, polícia e justiça buscavam concertar as suas falas em nome da defesa irrestrita da ordem pública. O, à época, ministro do Supremo, Viveiros de Castro, convocava todos a refletir sobre os limites que o judiciário precisaria ter para permitir que a polícia fizesse o seu trabalho:

> Como estamos em família, é melhor confessarmos lisamente as nossas culpas: ficará bem garantida a ordem pública, se houver completa harmonia de vistas entre os magistrados e as autoridades policiaes, deixando uns de serem tao formalistas, tão apegados á letra da lei, considerando os outros os seus cargos como uma verdadeira profissão e não como simples achega. O *habeas corpus* é o *palladium* das liberdades publicas; não pode ser manta para abrigar criminosos.[15]

Assim, o tratamento de exceção fica a cargo, muitas vezes, das autoridades policiais, a quem se incumbe a tarefa de manutenção da ordem pública. Ou seja, a suspensão da lei se transforma em uma política de segurança, autorizada e, quiçá, desejada e reproduzida pelos guardiões da constituição.

No próximo ponto, veremos como essa larga tradição, no Brasil, desenvolveu-se na repressão aos movimentos sociais no início da República, deixando a cargo da polícia, mas sob o julgo do poder judiciário, as tarefas de vigilância, monitoramento, disciplina e prisão de operários e subversivos.

3. PRÁTICAS E DISCURSOS PUNITIVOS E MOVIMENTOS SOCIAIS NA PRIMEIRA REPÚBLICA

Dados os limites e propósitos desse artigo, não pretendemos tecer uma longa consideração sobre a metodologia dos estudos históricos. Entretanto, algumas breves palavras devem ser ditas, para que se esclareçam as estratégias e percursos de nossa pesquisa. Sem dúvidas, no campo da história em geral e da história das punições, em específico, a genealogia de Michel Foucault se apresenta como uma metodologia valiosa para a compreensão das relações de poder que, em dado momento histórico, tornam possíveis o desenvolvimento de discursos e práticas punitivas específicas. Como salienta Foucault, "uma genealogia dos sistemas punitivos quer investigar as condições sociais, culturais e políticas que conduzem ao surgimento de discursos e práticas sobre

15. CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. These VI. LEAL, Aurelino (org.). *Anais da Conferência Judiciário-Policial de 1917*. 1917, p. 266.

o crime e o criminoso"[16]. Assim, ao buscar informações e dados em registros e documentos históricos, não pretendemos contar a história como uma sequência cronológica de fatos e sim entender esses fatos como símbolos e representações de determinados arranjos políticos e sociais que os tornaram possíveis.

Neste trabalho, trataremos de um período particular, os primeiros anos da República, mas, para entender as práticas e os discursos sobre a punição de movimentos operários, debruçamo-nos sobre os arquivos policiais da cidade do Recife de 1917 a 1920 e sobre os Anais da Conferência Judiciário-Policial de 1917.

3.1. A ética do trabalho e a modernização da sociedade brasileira

A proclamação da República manteve o Brasil como era: marcado pela profunda desigualdade social e exclusão, da vida política, de parte considerável da população brasileira. Apenas a título de exemplo, em relação ao direito de voto, a constituição da República de 1891 excluiu as mulheres e os analfabetos. Estima-se que, à época, 80% da população masculina era de analfabetos. Somando-se estes às mulheres, podemos concluir que a esmagadora maioria de nossos cidadãos estavam alijados do processo político institucional[17]. A descentralização política obtida pela adoção do federalismo estadunidense, por outro lado, fez surgir, nos estados, o poder de oligarquias que se mantiveram no poder à custa, muitas vezes, da efetiva intimidação do pouco eleitorado a partir da compra de votos e do "voto de cabresto".

Porém, ao lado de uma democracia formal incompleta, surgiram movimentos de resistência operários que, no final do século XIX e início do XX, já amedrontavam as elites brasileiras. O *bolchevismo* e os *subversivos* já são personagens que aparecem nas folhas policiais do período. Além desse tipo de movimento organizado, alguns incidentes ainda no início da república, a exemplo da revolta da vacina e da chibata, no Rio de Janeiro,, deixavam evidenciado que poder é uma relação de imposição, mas também de resistência. Assim, os últimos anos do império e os primeiros da República, foram marcados pela emergência de tensões políticas que reverberaram na conformação das práticas punitivas.

16. FOUCAULT, Michel. *La société punitive*. Cours au Collège de France. 1972-1973. Paris: EHESS, GALLIMARD, SEUIL, 2013.

17. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 45.

A abolição da escravidão e a recente industrialização brasileira já em curso em algumas províncias, como São Paulo, trouxeram ao Brasil ao lado dos debates sobre a ética do trabalho, a necessidade de disciplinamento das famílias e a repressão à vadiagem. Não abordaremos a complexidade que, no Brasil negro, esse processo representou, embora algo precise ser dito.

O discurso europeu civilizatório, importado por nossas elites ao longo do século XIX, impunha uma visão de mundo segundo a qual a civilização e a barbárie eram uma espécie de realidades naturais que antepunham o povo branco europeu e os negros africanos.

O empreendimento colonial utilizou-se de uma visão modernizadora sobre os outros povos, para além do "continente das luzes". A versão brasileira dessas afirmativas colocava negros e indígenas entre os que necessitavam de civilização. É fundamental destacar que, mesmo no pensamento abolicionista do século XIX, verifica-se uma concepção segundo a qual o negro precisaria ser educado e preparado para a vida em liberdade, em discursos que, claramente, retiram dessa população protagonismo social para submetê-los à disciplina da sociedade da ordem e do progresso[18]. O negro precisaria, então, ser integrado à ordem social. Neste sentido, algumas passagens de Joaquim Nabuco em "O abolicionismo" são bastante elucidativas, como a seguinte:

> A escravidão não há de ser suprimida no Brasil por uma guerra civil, muito menos por insurreições ou atentados locais. (...) É, assim, no Parlamento e não em fazendas ou quilombos do interior, nem nas ruas e praças das cidades, que se há de ganhar, ou perder, a causa da liberdade. Em semelhante luta, a violência, o crime, o desencadeamento de ódios acalentados, só pode ser prejudicial ao lado que tem por si o direito, a justiça, a procuração dos oprimidos e os votos da humanidade toda.[19]

Os "ódios acalentados" de quem buscasse superar a escravidão pela via da luta e dos rompimentos com estruturas sedimentadas de opressão não eram benquistas. Aliás, a luta por direitos no antes e depois da proclamação da república foi vista com enorme desconfiança, tendo o Código Penal de 1890, em sua primeira edição, criminalizado a greve ou a parede, tipificando, no artigo 206 a conduta de "Causar, ou provocar, cessação ou suspensão de trabalho, para

18. CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na cidade do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de História.* v. 8, n. 16, p. 83-105, mar.-ago. 1988, p. 84.

19. NABUCO, Joaquim. [1883]. *O abolicionismo.* Petrópolis: Vozes, 2012, p. 28-29.

impor aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de serviço ou salário". Pouco tempo após a publicação do Código, pressões de sociedades operárias provocaram alterações nessa redação, passando a prever como elementos do tipo o uso da ameaça e da violência. Na Conferência Judiciário-Policial de 1917, essa mudança foi elogiada por Galdino Siqueira, que argumentava possuírem os países civilizados e as nações cultas (notadamente a Inglaterra) legislações favoráveis à greve pacífica.[20]

A Constituição de 1891, por seu turno, garantiu a liberdade de associação, no artigo 71, § 8º. Porém, mesmo diante da permissão aos movimentos grevistas e à criação das associações sindicais, o Código Civil de 1916 determinava que o governo poderia dissolver tais organizações quando elas fossem nocivas ao bem público[21]. Nocivas eram, segundo Siqueira, aquelas que se dedicavam a fins políticos, posto que o Decreto 1637 de 1907, que permitiu a criação dessas associações, afirmava serem elas destinadas exclusivamente a interesses gerais da profissão e profissionais de seus membros[22].

Enfim, fossem as lutas de negros escravos ou ex-escravos ou de operários, a subversão parecia ser o símbolo que as representava e, tanto ao longo do Império como da República, caberia à polícia a repressão a esse conjunto de pessoas marcadas pelo signo da insubordinação.

Curiosamente, o "cortiço", as típicas moradias populares brasileiras do final do XIX e início do XX, era um grande encontro das classes degeneradas. Em Pernambuco, essas moradias, chamadas indistintamente de cortiços ou

20. A mudança foi mal vista por parte dos penalistas do período, os quais se referiam a outras *nações cultas*, a exemplo da França. Oscar de Macedo Soares foi um dos insatisfeitos. Entendia que, assim como se dava na França, qualquer forma de coalização deveria ser punida, posto que a paralisação súbita do trabalho gerava prejuízos à vida econômica e era uma deslealdade do trabalhador com o seu patrão. SOARES, Oscar Macedo. [1910] *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, Coleção História do Direito, vol. 6, 2004, p. 390-391.

21. O Código Civil de 1916 previa: Artigo 21. Termina a existência da pessoa jurídica: (...) III – pela sua dissolução em virtude de ato do Governo, cassando-lhe a autorização de funcionar, quando a pessoa jurídica incorra em atos opostos aos seus fins ou nocivos ao bem público.

22. SIQUEIRA, Galdino. These IX. LEAL, Aurelino (org). *Anais da Conferência Judiciário-Policial de 1917*, p. 318.

mocambos[23] eram vistas com enorme preocupação pelos membros do governo. Clarissa Nunes Maia, analisando as práticas policiais no início do século XX, destacou um ofício encaminhado pelo Secretário Geral, Elpídio Figueiredo, em dezembro de 1908, ao governador de Pernambuco, tratando daquelas moradias: "Constituem infelizmente um dos maiores defeitos desta cidade as habitações da população operária. Os mucambos e cortiços são uma ameaça constante á saúde pública"[24].

De fato, essas vilas operárias eram o local, por excelência, da imundice. Rago assevera que, tanto pobres como operários – e nós complementaríamos, os negros – eram representados "como animalidade pura, dotada de instintos incontroláveis, assimilada a cheiros fortes, a uma sexualidade instintiva, incapaz de elaborar ideias sofisticadas e de exprimir sentimentos delicados"[25].

Verifica-se que as noções biológicas de raças inferiores, a descoberta de doenças contagiosas e os discursos sobre o controle da sexualidade feminina estão amplamente imbricados[26]. O projeto civilizatório brasileiro da Primeira República perpassava, portanto, a superação dos males das raças inferiores, das mulheres desonradas e dos insubordinados de classe.

Por essa razão, encontramos entre a programação criminalizante do Código Penal de 1890 não apenas a repressão expressa à vadiagem, à mendicância e à capoeiragem, mas também um longo capítulo sobre a proteção dos costumes,

23. Mocambos era, ao longo do século XIX, sinônimo de quilombos, denominação preferencial na Bahia. Ver: GOMES, Flávio dos Santos. *Mocambos e quilombos*. São Paulo: Claro Enigma, 2015, p. 11.

24. MAIA, Clarissa Nunes. *Policiados:* controle e disciplina das classes populares na cidade do Recife, 1865-1915. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em História da UFPE, 2001, p. 70.

25. RAGO, Margareth. *Do cabaré ao lar:* a utopia da cidade disciplinar e a resistência anarquista. 4 ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 229.

26. Anne McClintock aborda essas complexas relações entre raça, gênero e classe no discurso modernizante europeu e, em específico, vitoriano na Inglaterra. A autora pontua: "As categorias formadoras da modernidade imperial são categorias articuladas, no sentido de que passam a existir em relações históricas entre si e surgem apenas em interdependência dinâmica, cambiante e íntima. A ideia de 'pureza' racial, por exemplo, depende do policiamento rigoroso da sexualidade das mulheres; como noção histórica, então, a pureza racial está inextricavelmente implicada na dinâmica do gênero e não pode ser compreendida sem uma teoria do poder de gênero". MCCLINTOCK, Anne. *Couro Imperial*. Raça, gênero e sexualidade no embate colonial. Campinas: Editora Unicamp, 201, p. 104.

que, em outros termos, implicava o controle da sexualidade feminina, além, como já vimos, da repressão direta a trabalhadores.

Pelos limites impostos a esse trabalho, concentraremo-nos em compreender como os trabalhadores e trabalhadoras organizados do período eram objeto de controle policial, exercido muito além dos limites impostos pelos direitos fundamentais.

3.2. O poder de polícia e a ordenação das cidades

Considerando a necessidade premente de disciplinar o espaço urbano, a quem incumbiria essa tarefa? Sem dúvidas, era a polícia quem possuía maior liberdade para exercer a tarefa de controle social sobre as classes perigosas. Essa seria a sua principal função e, ao longo de todo o império, ela teria sido o braço direito das elites escravocratas ou não para o ordenamento das cidades.

Na Conferência Judiciário-Policial, diversos autores se dedicaram às funções preventivas e administrativas da polícia, situando-a como o órgão, por excelência, de garantia da ordem pública. Para Viveiros de Castro, "o seu dever precípuo é prever e evitar todos os factos perturbadores da ordem social"[27]. O que podiam, portanto, os policiais fazer?

A necessidade de regular a coexistência dos homens na sociedade deu origem ao poder de polícia, conceito útil ao alargamento das atribuições policiais no início do século XX[28]. Aurelino Leal destacava que o dever de polícia teria nascido do estado de consciência que se firmou no indivíduo de que lhe seria impossível viver bem sem submissão a esse poder[29].

Como dissemos, a polícia teve grandes atribuições na manutenção da ordem pública ao longo de todo o Império. O Código de Processo Criminal de 1832 estabeleceu o que seriam os crimes policiais[30] e apontou os juízes de paz como os competentes para processá-los e julgá-los. A lei de 3 de dezembro de 1841, todavia, passou a competência dos juízes de paz para os chefes de polícia

27. CASTRO, *op. cit.*, p. 257.

28. SOUZA, Luís Antônio Francisco de. *Lei, cotidiano e cidade:* polícia civil e práticas policiais na São Paulo republicana (1889-1930). São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 104.

29. LEAL, Aurelino. *Anais da Conferência Judiciário Policial de 1917*, p. 94.

30. De acordo com o Código Criminal de 1830, eram crimes dessa natureza: ofensas da religião, da moral e bons costumes, as sociedades secretas, ajuntamentos ilícitos, vadiagem, mendicância, uso de arma, uso de nomes supostos e títulos indevidos e outros. VALLE, *op. cit.* p. 12.

e delegados, inclusive podendo estes emitirem os *termos de bem viver* e de *segurança*. Desse modo, a polícia lidaria, em sua própria jurisdição, com casos de vadiagem, mendicância, embriaguez etc.

A criação do inquérito policial pela Lei 2.033 e pelo Decreto 4.824, ambos de 1871, visou a limitar a atividade policial de investigação preliminar, estabelecendo prazo máximo para a finalização do inquérito e limites à coleta de elementos de prova. Ainda, retirou dos chefes de polícia, delegados e subdelegados a prerrogativa de processar e julgar nos casos dos delitos policiais.

A referida lei, portanto, inaugurou o modelo atual de investigação preliminar policial, reservando à polícia apenas a tarefa de proceder às primeiras diligências investigativas, que não poderão, entretanto, exceder-se no tempo e na profundidade da matéria.

Em 1817, João Mendes de Almeida Junior comentava sobre essas inovações e ressaltava que os liberais, à época da reforma, buscavam evitar as longas devassas a que procedia a polícia na tarefa investigativa, sobretudo após as reformas sofridas pelo Código de Processo Criminal de 1832, em 1841 e 1942[31].

Porém, apesar da vedação explícita ao processamento de crimes pelas polícias, havia uma gestão constante dos problemas de desordens públicas em sede policial, isto é, fatos que jamais chegavam ao poder judiciário. Como lembra Souza, "para o policial, o sistema judiciário, distante, caro e moroso, com suas regras formais e com o seu acento na defesa dos direitos, não seria suficientemente eficaz no combate à criminalidade"[32].

Os estudos sobre polícia de São Paulo ressaltaram seu papel como instrumento das elites hegemônicas para garantir a proteção da propriedade e da ordem social frente às ameaças do movimento operário. Mas claro, tudo isso se dava dentro dos limites estruturais das entidades policiais, conjugando, portanto, atuação dentro da legalidade com ilegalidades, improvisos, interferências políticas e baixo profissionalismo[33].

Seja como for, à polícia eram reservadas as mais diversas tarefas. Segundo o regulamento 6440, de 1907, do Distrito Federal (Rio de Janeiro), cabia à polícia "XX – Ter sob sua vigilância as prostitutas escandalosas, providenciando contra ellas, sem prejuízo do processo judicial competente, da forma que julgar mais conveniente ao bem estar da população e á moralidade pública;

31. ALMEIDA JR., João Mendes de. Tese II. LEAL, Aurelino (org). *Anais da Conferência Judiciário Policial de 1917*, p. 167.

32. SOUZA, *op. cit*, p. 48.

33. SOUZA, Luís Antônio Francisco de. *Op. cit*, p. 48.

XXII – Dar destino aos loucos e enfermos encontrados nas ruas, bem como aos menores e vadios e abandonados e aos mendigos". Ainda, "Si o interior da casa for accessivel a pessoas extranhas (villas, hospedarias etc.) a intervenção, no sentido da segurança de todos, é legítima".

Em Pernambuco, as prerrogativas policiais eram semelhantes, conforme disposto na Lei estadual 310, que, além das funções acima elencadas, atribuía ao chefe de polícia conceder mandado de busca e apreensão.

Os chefes de polícia eram escolhidos pelo Governador do Estado, devendo ser um bacharel em direito e ter experiência de pelo menos quatro anos. Os delegados eram indicados pelos chefes de polícia e nomeados pelo Secretário da Justiça. Na capital, a lei informava que, de preferência, deveriam ser formados em direito, mas não se tratava, portanto, de uma condição essencial.

Sendo assim, a partir de uma larga interpretação do que se tratava como poder de polícia, cabia às forças policiais a ampla administração das cidades, muitas vezes à revelia do controle judicial.

3.3. As práticas policiais e a repressão aos movimentos operários de 1917 a 1920

O movimento operário no Recife começou a se organizar no final do século XIX. Em 1890, foi criada a Liga Operária Pernambucana e, oito meses depois, foi registrada a primeira greve no Recife. Diversos outros movimentos grevistas ocorreram entre os últimos anos do século XIX e os primeiros do século XX, fatos estes que contavam com o protagonismo dos trabalhadores, patrões e da polícia[34].

Em âmbito nacional, a década de 1910 teria protagonizado uma crise econômica geradora de desemprego e aumento da pauperização das classes populares. Embora houvesse uma grande dificuldade de organização da classe operária, "a Greve Geral de julho de 1917 em São Paulo abriria uma conjuntura histórica cujos limites se estendem cronologicamente até 1920"[35].

No relatório da Força Pública do Estado de Pernambuco de 1916 a 1920, apresentado ao Secretário Geral do Estado, Olintho Victor, pelo comandante da Força Pública, o Coronel José Novaes, em 1919, há referência a diversas greves "de quase todas as classes trabalhadoras em várias épocas no decorrer destes quatro últimos anos"[36].

34. MAIA, Clarissa Nunes. *Op. cit.* p. 163.
35. FAUSTO, Boris. *Trabalho urbano e conflito social (1890-1920)*. São Paulo, Rio de Janeiro: DIFEL, 1976.
36. NOVAES, José. *Força Pública do Estado de Pernambuco* – Relatório. Recife: Imprensa Oficial do Estado, 1919, p. 9.

No mesmo período, os ofícios trocados entre chefes de polícia dos mais diversos estados, sobretudo com os do Distrito Federal e de São Paulo, demonstram uma preocupação crescente com a ameaça bolchevique, anarquista e do maximalismo[37], além do risco inerente à própria atividade de organização operária.

Os ofícios são encaminhados com os nomes, fotografias e identificação datiloscópica daqueles indivíduos considerados de máxima periculosidade por suas ideias subversivas.

Vimos que a Constituição da República de 1891 garantia o direito de associação e que, portanto, a existência delas não era vedada em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, os discursos e práticas policiais e judiciais inseriam-nas, majoritariamente[38], no rol das atividades potencialmente perigosas. Por essa razão, estavam sob constante vigilância e seus atos eram frequentemente reprimidos.

Boa parte dessas atividades de monitoramento e repressão ficava a cargo das polícias, sem maiores interferências do poder judiciário, conforme verificamos em pesquisas realizadas a partir dos arquivos da polícia civil de Pernambuco.

Uma primeira e imprescindível tarefa era, primeiramente, a de mapeamento das entidades operárias que existiam na cidade. Por exemplo, em ofício do Delegado da 1ª Delegacia de Polícia da Capital, Manuel Andrade da Silva, ao Chefe de Polícia de Pernambuco, no dia 11 de janeiro de 1920, ele nomeia as sociedades operárias naquele distrito:

> Satisfazendo a circular de Vossa Excelência, datada de 2 do corrente, tenho a informar serem as seguintes as sociedades operárias existentes neste distrito: sociedade de metalúrgicos, União dos Estivadores, União dos Padeiros, União dos Carroceiros, Sociedade dos Garções etc.

Cada um dos vários nomes apontados é seguido de um endereço onde elas se localizavam, para os quais a polícia seguia em dias de atos, protestos e reuniões.

37. Como era referido o marxismo.

38. Embora a repressão tenha sido a tônica do tratamento com a classe operária no período, houve vozes de contraposição a essa tendência, as quais buscavam legitimar o direito de associação e organização, assim como as reformas nas leis trabalhistas. Boris Fausto ressalta que Rui Barbosa, nas campanhas presidenciais de 1919, apresentou um programa neste sentido, superando, assim, a avidez puramente repressora. Ver: FAUSTO, Boris. *Op. cit.* p. 217-220.

Em razão de um incidente narrado pelo subdelegado de Santo Antonio à autoridade policial da 1ª Delegacia da Capital, pudemos observar que as sedes de reunião de operários estavam sob vigilância das autoridades policiais, por ordem, inclusive, da chefia de polícia.

O caso foi o seguinte. Em 8 de setembro de 1917, por ordem do "excelentíssimo senhor desembargador chefe de polícia", um soldado foi posto em frente ao vespertino "A luta". Porém, em dado momento, esse soldado teria sido vaiado pelos indivíduos que se encontravam na sede do jornal e, em decorrência disso, retirou-se de seu posto. O subdelegado de Santo Antonio, ao comunicar tal fato à Chefia de Polícia, concluiu que a "fraqueza" do soldado era injustificada e que, por essa razão, ele teria sido preso[39].

Independentemente do baixo ou alto profissionalismo do praça, fato é que a Chefia de Polícia entendia ser necessária a vigia de um jornal de operários.

Outra das tarefas desempenhadas pela polícia nessa grande missão de conter a desordem dos movimentos trabalhistas era a prisão para averiguação. Um fato ocorrido em 1919 explicita isso. Em ofício emitido pelo delegado da 1ª Delegacia de Polícia da Capital, Manuel Andrade da Silva, ao Chefe de Polícia de Pernambuco, ele encaminha as diligências que teriam sido produzidas contra o operário de ideias *maximalistas* João Mendes. Os atos de investigação teriam consistido na tomada de depoimento de trabalhadores que dividiam o ambiente laboral com João Mendes, na Alfaiataria Tic Tac. Em um desses depoimentos, o alfaiate José Ribemboim declarou:

> que desde o primeiro dia do seu serviço que o depoente notou em João Gomes ideias maximalistas subversivas da ordem (...) que sabe perfeitamente que a polícia tomou medidas rigorosas contra João Gomes, não por ser o mesmo "caften" e sim por estar se tornando um perigo para a sociedade na propaganda de suas ideias maximalistas. (...) Que sabe haver o senhor Elias, alfaiate estabelecido na Rua do Imperador, defendido a João Gomes na Delegacia.[40]

Dois aspectos fundamentais emergem dessa fala do alfaiate José. O primeiro deles é que as ilegalidades morais, políticas e de classe se imiscuem, conforme dissemos anteriormente, porque o elemento subversivo ideologicamente é também do ponto de vista da honra sexual, haja vista poder ou não se dedicar à exploração sexual. O outro ponto é que a polícia, quando precisasse eliminar

39. APEJE, Fundo SSP. 1917. Livro 458.

40. APEJE, Fundo SSP. 1919. Livro 460.

um indivíduo perigoso, parecia não estar adstrita às hipóteses legais, posto que, segundo o alfaiate ser "caften" teria sido uma espécie de desculpas para prender João Gomes.

O depoimento de José Ribemboim é confirmado por outro alfaiate, Passidrônio Cavalcanti. Foram ouvidos ainda pela polícia dois clientes da alfaiataria, que confirmaram que José Gomes era um "propagandista do socialismo russo e do maximalismo". Ao longo dos depoimentos, verificou-se que a polícia já teria prendido João Gomes e o deportado de volta para Portugal, seu país de origem.

Viveiros de Castro, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, no Acórdão 3940, de 12 de abril de 1916, afirmara que "não constitui constrangimento ilegal a vigilância que a polícia entende dever exercer sobre certas pessoas consideradas suspeitas; ao contrario, é uma condição indispensável para que ella possa exercer convenientemente a sua acção preventiva".

Complementa o raciocínio, o ex-ministro do STF, aduzindo que

> não gozam de direito de livre circulação, estando, ao contrario, sujeitos a uma vigilância muito rogorosa da Polícia, os indivíduos pertencentes às classes perigosas da sociedade, sendo como taes considerados os vagabundos, vadios, os falsos mendigos, os ébrios, os capoeiras e os gatunos profissionais.[41]

Utilizando-se desse amplo poder de polícia concedido legitimado pelo guardião da Constituição e, portanto, mantendo o velho costume de espiar a vida social nas cidades, um ofício datado de 31 de Janeiro de 1920, encaminhado ao chefe de polícia de Pernambuco, Luis Corrêa de Oliveira, pelo Delegado da 1ª Delegacia de Polícia da Capital, Manuel Andrade da Silva, informa sobre um novo episódio de vigia das atividades dos trabalhadores organizados. O referido delegado afirmava que as sociedades operárias do Recife estariam comemorando a chegada, na cidade, de Eduardo Dias, líder dos trabalhadores que teria sido deportado pela República, mas, em seguida, recebido permissão para retornar ao país. Como o sr. Eduardo se tratava de um *"elemento prejudicial à ordem e à paz do regimen"*, o delegado comunicava ao chefe de polícia que teria *"tomado medidas acauteladoras da boa ordem e da segurança públicas"*. No documento, ele informava que:

> Anunciadas manifestações festivas e até passeatas dos operários, fiquei, como era natural, de sobre aviso, procurando acompanhar de perto todo movimento. Às 12 horas, chegou-me às mãos um boletim anunciando um

41. CASTRO, *op. cit.* p. 264.

> comício operário na Várzea. Comunicando-me com o Dr. Delegado do 2º Districto, a que pertence aquele subúrbio, fui informado de que as providências já haviam sido tomadas. Desconfiando de que o boletim que anunciava a reunião na Várzea tinha só o fim de distrair a acção da policia, dirigi-me às 15 horas à Rua Pedro Affonso, onde está a sede de diversas associações de operárias, no 1º e 2º andar do prédio que faz esquina para a Taverna do Carioca. Ali chegado soube que já havia discursado o Dr. Joaquim Pimenta. Discursava no momento o Dr. Capistriano Cordeiro, cujo discurso ia terminar. Ouvido pela assistência numerosa em profundo silêncio, dizia o orador sentir-se comovido e emocionado de tal (ilegível) ante o espetáculo que assistia que era com dificuldade que pronunciava palavras, frases e períodos. A satisfação, que experimentava ante a vitória, a extraordinária vitória (palavras dele) do operariado no caso Eduardo Dias.

O delegado segue descrevendo o discurso do Sr. Capistriano Cordeiro e de outros operários que discursaram "quase todos em linguagem de baixo calão, atacando sempre e desordeiradamente aos poderes constituídos e as classes conservadoras". Por fim, afirma que os operários saíram em passeata ao final do comício. [42]

O poder de polícia parecia autorizar todas essas práticas de monitoramento, vigilância e repressão, pois um fato subjacente a todos esses incidentes é que eles não eram comunicados a um juiz e não dependiam de autorização dessas autoridades para se realizarem. O Decreto 1637 de 1907 afirmava que os sindicatos poderiam ser criados sem necessidade de autorização do governo, afinal, a Constituição de 1891 garantia o direito à associação.

Porém, como frequentemente suas atividades estavam associadas à desordem pública, cabia às forças policiais acompanha-las.

4. Conclusões

O Estado de Direito convive com a tensão constante entre legalidade e exceção. Em tempos de normalidade democrática, a atuação das agências do sistema punitivo deveria se dar sob o crivo da legalidade. Porém, a relativização das garantias processuais penais, no Brasil, é uma constante nos mais diversos períodos políticos, mormente contra aqueles que compõem as classes perigosas. Contra eles, a exceção impera não obstante a constituição.

Isto é, cotidianamente vivemos alguns "golpes de estado", se, com este termo, significamos a suspensão da lei. Sendo assim, processo penal e democracia parecem se desencontrar com frequência ao longo de nossa história.

42. APEJE, Fundo SSP, 1ª Delegacia de Polícia. 1920. Livro 461.

Com a proclamação da República e o projeto nacional de se aproximar das nações civilizadas, sobretudo as europeias, as forças policiais brasileiras passariam a desempenhar uma importante tarefa de modernizar as cidades, disciplinando as atividades sediciosas como as de jogos de azar, prostituição, vadiagem, capoeira e as lutas operárias.

No que toca às práticas repressivas a movimentos operários no início do século XX, procuramos demonstrar que elas representam um déficit democrático com o qual o nosso processo penal convive ainda hoje. O conceito de poder de polícia atribuía à polícia uma margem de atuação abrangente, ficando a critério de seus agentes reconhecer quando o risco à ordem pública demandava intervenção. Como o poder de polícia não poderia estar delimitado pela lei, segundo entendimentos esboçados, à época, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a decisão sobre o que fazer deveria ficar a cargo dos agentes policiais, dando a eles poder de funcionarem como pequenos tribunais.

No Recife, nos anos de 1917 e 1920, isso conduziu a uma vigilância, monitoramento e repressão das atividades operárias, suspendendo a autorização constitucional de livre associação e realizando o desejo das elites políticas locais que temiam revoltas operárias e ampliação de direitos. Lançavam mão, assim, os policiais das mais diversas atividades: infiltração de agentes, controle de liberdade de expressão, prisão para averiguação, dentre outras.

Um século depois parecemos vivenciar o mesmo dilema: como garantir direitos em um projeto inacabado de democracia?

5. Referências

Arquivo Público Estadual Jordão Emerenciano, Fundo SSP, livros 458, 459, 460, 461 e 1.317.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA JR., João Mendes de. Tese II. LEAL, Aurelino (org.). *Anais da Conferência Judiciário Policial de 1917*.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. These VI. LEAL, Aurelino (org.). *Anais da Conferência Judiciário Policial de 1917*. 1917.

CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na cidade do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de História.* v. 8, n. 16, p. 83-105, mar.-ago. 1988.

FAUSTO, Boris. *Trabalho urbano e conflito social (1890-1920)*. São Paulo, Rio de Janeiro: DIFEL, 1976.

FOUCAULT, Michel. *La société punitive*. Cours au Collège de France. 1972-1973. Paris: EHESS, GALLIMARD, SEUIL, 2013.

GOMES, Flávio dos Santos. *Mocambos e quilombos*. São Paulo: Claro Enigma, 2015.

LEAL, Aurelino (org). *Anais da Conferência Judiciário Policial de 1917*.

MAIA, Clarissa Nunes. *Policiados:* controle e disciplina das classes populares na cidade do Recife, 1865-1915. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em História da UFPE, 2001.

MCCLINTOCK, Anne. *Couro Imperial*: raça, gênero e sexualidade no embate colonial. Campinas: Editora Unicamp, 2010.

NABUCO, Joaquim. [1883]. *O abolicionismo*. Petrópolis: Vozes, 2012.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRANDO, Camila C. de M. *O saber dos juristas e o controle penal*: o debate doutrinário da Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

RAGO, Margareth. *Do cabaré ao lar:* a utopia da cidade disciplinar e a resistência anarquista. 4 ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

ROMANO, Roberto. *Razão de Estado e outros estados de razão*. São Paulo: Perspectiva, 2014.

SIQUEIRA, Galdino. These IX. LEAL, Aurelino (org.). *Anais da Conferência Judiciário Policial de 1917*.

SOARES, Oscar Macedo de. [1910] *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, Coleção História do Direito, 2004, v. 6.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. *Lei, cotidiano e cidade:* polícia civil e práticas policiais na São Paulo republicana (1889-1930). São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A teoria crítica do processo penal, de Antonio Pedro Melchior – *RBCCrim* 128/27-64 (DTR\2017\222); e
- Bases constitucionais para um processo penal democrático, de Afrânio Silva Jardim – *RePro* 40/100-108 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/25-35 (DTR\1985\90).

Os estupros nas universidades: uma análise da heteronormalidade e seus mitos

Rape at universities: an analysis of heteronormativity and its myths

Clara Maria Roman Borges

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora Associada do Curso de Graduação e do Programa da Pós-graduação em Direito da UFPR. Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Positivo.
romanborges@uol.com.br

Alessandra Prezepiorski Lemos

Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela UFPR.
lemosp.ale@gmail.com

Recebido em: 30.09.2016
Aprovado em: 06.11.2016
Última versão autoras: 12.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Aproximadamente uma em cada quatro jovens universitárias irá experimentar alguma forma de violência sexual durante a sua vida acadêmica. O presente artigo tem por objetivo apresentar como essa forma de criminalidade tornou-se uma prática normalizada dentro das instituições universitárias e o porquê dela passar ao largo do debate público e do debate a respeito do sistema penal. Para tanto, serão trabalhadas as categorias de *rape script* e *rape myths*, vinculando-as a uma crítica ao machismo e às práticas heteronormalizadoras.

Palavras-chave: Violência sexual nas universidades – Estupro – *Rape myths* – *Rape script* – heteronormalidade.

Abstract: Approximately one in four female undergraduates will experience some sort of sexual violence during their academic life. This article aims to show how this type of criminal conduct has become a widespread practice in universities and the reason why it stays out of the public debate and the debate about the criminal justice system. In order to carry out such task, this article will address the categories of *rape script* and *rape myths*, explaining their role within a critique of sexism and heteronormative practices.

Keywords: Sexual violence in universities – Rape – Rape myths – Rape script – Heteronormativity.

Sumário: 1. Introdução. 2. A violência sexual na sociedade contemporânea. 3. *Rape script.* 4. *Rape myths.* 5. Heteronormalidade: a prisão do desejo, das subjetividades e dos corpos. 6. Considerações finais: resistir é desconstruir mitos. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Aproximadamente uma em cada quatro estudantes universitárias brasileiras sofreu ou irá sofrer alguma espécie de violência sexual. Uma em cada quatro. Se se tratasse de outro crime certamente diversas medidas seriam tomadas a fim de diminuir esse índice de criminalidade, especialmente se estivesse em questão um crime patrimonial. No entanto, as universitárias vítimas dos crimes sexuais contemplam somente o silêncio daqueles que poderiam tentar reverter este cenário (polícia, universidade, sistema de justiça etc.), ou pior, quando este silêncio é quebrado normalmente é apenas para vitimizá-las uma vez mais.

A vitimização secundária destas pessoas decorre do fato de seus estupros não corresponderem à narrativa que se espera escutar de uma vítima de violência sexual. É comum, quando se fala em estupro, imaginar que o crime ocorreu nas seguintes circunstâncias: a mulher, apesar de demonstrar resistência verbal e física, foi estuprada por algum estranho, mediante força física ou uso de arma, em algum lugar isolado e sem testemunha.

Como a maioria dos estupros de universitárias acontecem em situações diversas desta narrativa, deste *rape script*, a tendência é que as vítimas sejam desacreditadas e até mesmo culpabilizadas pelo o que lhes ocorreu. Em vista disso, fica fácil entender porque muitas optam por não denunciarem seus agressores.

O objetivo deste artigo é tentar entender porque algumas vítimas de estupro são tidas como mais vítimas do que outras – motivo que leva várias universitárias Brasil a fora a silenciarem a respeito das violências sexuais vivenciadas –, procurando, a partir disso, demonstrar possibilidades de alteração deste cenário.

Para tanto, se trabalhará com as categorias de *rape script*, *rape myths*, e o papel que a cultura heteronormativa machista tem na produção e reprodução da vitimização primária (o estupro) e da vitimização secundária (culpabilização ou desacreditação das vítimas).

Em um primeiro momento, será apresentado o contexto da violência sexual praticada contra estudantes universitárias, pontuando-se dados trazidos por pesquisas empíricas relacionadas à temática a fim de se indicar a gravidade e o nível de incidência de tal forma de violência. Posteriormente, serão definidos os conceitos de *rape script* e *rape myths*, a partir de revisão das fontes bibliográficas relevantes, e demonstrado como a utilização destas categorias tem se mostrado extremamente importante na tentativa de se entender o fenômeno da violência sexual em contexto universitário. Em um terceiro momento será explicitado como o machismo e a existência de práticas heteronormativas

contribuem com a produção e reprodução desta prática odiosa, tendo por marcos teóricos principais as obras de Michel Foucault e Judith Butler. Por fim, será defendido que dentro das relações de poder apresentadas neste trabalho é possível vislumbrar alguns focos de resistência e, a partir deles, a superação do *rape script* e dos *rape myths*.

2. A violência sexual na sociedade contemporânea

Já passa das 23 horas quando uma mulher, andando sozinha pela rua, é abordada por um estranho. Ele logo demonstra suas criminosas intenções, ao colar uma faca na cintura dela e levá-la para um terreno baldio. Em vão, a mulher grita desesperada, empurra e arranha seu agressor. Ninguém vê ou escuta, é um lugar ermo e escuro. Ele arranca a sua calcinha, rasga a sua blusa, aperta os seus seios e a penetra várias vezes, entre socos e ameaças. Terminado o ato grotesco, ele sai correndo e ela levanta cambaleante, envergonhada e chorando baixinho. Nesse momento, esta mulher passa a integrar a lista daquelas que já sofreram um estupro.

Quando se pensa em estupro imagina-se uma história parecida com a dessa mulher fictícia e que foi e será a realidade de tantas outras mulheres reais. Entretanto, contrariando o senso comum, a maior parte dos estupros não são cometidos por estranhos, mas sim por conhecidos, amigos, colegas, namorados e até mesmo maridos.

Se há pouco tempo atrás a possibilidade jurídica de reconhecer estupro cometido pelo marido contra mulher era extremamente controversa, atualmente essa questão está superada e já se reconhece que a violência sexual dentro do matrimônio é uma prática extremamente comum e odiosa.

A título exemplificativo cumpre citar a instauração, pelo Congresso Nacional, de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito em 2011 com o objetivo de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência. Em seu relatório final, a CPMI da Violência contra a Mulher consignou que 13% das mulheres entrevistadas relataram ter sofrido estupro ou abuso sexual na constância do casamento (BRASIL, 2013, p. 19).

Enquanto a violência sexual conjugal está deixando as sombras e sendo cada vez mais estudada e debatida no Brasil, outro tipo de violência sexual permanece abaixo do radar tanto da sociedade quanto do sistema penal: a violência sexual nas universidades.

A obscuridade em que tais crimes permanecem, entretanto, vem sendo desafiada pelos recentes relatos de estupros sofridos por estudantes universitárias cometidos nos *campus* ou por colegas de universidade.

O exemplo que ganhou maior destaque na mídia nacional foi o da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual de São Paulo (FMUSP), uma das faculdades mais prestigiadas do Brasil. No final de 2014, ganharam as manchetes nacionais as denúncias de casos de estupro que ocorreram em festas e no ambiente universitário da FMUSP.

A comoção foi tamanha que culminou na abertura, em 2014, de uma Comissão Parlamentar de Inquérito pela Assembleia Legislativa de São Paulo voltada especificamente para apurar as violações de direitos humanos nas universidades paulistas. Através das investigações conduzidas pela CPI, finalizada em março de 2015, estimou-se que ocorreram pelo menos 112 estupros em dez anos no campus da USP, chamado de "quadrilátero da saúde", sede na capital paulista das faculdades ligadas às Ciências Médicas (SÃO PAULO, 2015, p. 43).

Aos poucos, outras denúncias de violência sexual universitária começaram a proliferar na mídia e restou evidente que este tipo de criminalidade era um problema endêmico no Brasil. Tal constatação é corroborada pelo estudo encomendado pelo Instituto Avon ao Data Popular intitulado "Violência contra a mulher no ambiente universitário" (INSTITUTO AVON; DATA POPULAR, 2015).

O estudo publicado no final de 2015 ouviu 1.823 estudantes universitários de todas as regiões do país, sendo que deste total 60% eram mulheres. No que tange à violência sexual propriamente dita, o levantamento realizado apresentou dados alarmantes. Cerca de 28% das mulheres entrevistadas afirmou ter sofrido alguma espécie de violência sexual (estupro; tentativa de abuso enquanto estava sob efeito de álcool; ser tocada sem consentimento; ser forçada a beijar veterano). Em torno de 11% das entrevistadas relataram ter sofrido alguma tentativa de abuso enquanto estavam sob efeito de álcool.

Ainda a respeito do estudo é de se ressaltar que 14% de todos os entrevistados, homens e mulheres, comentaram ter conhecimento de casos de mulheres estupradas em contexto universitário. Por fim, cumpre consignar que 13% dos estudantes confirmaram ter praticado algum ato de violência sexual.

Os dados encontrados aqui no Brasil não diferem muito das estatísticas a respeito de violência sexual em ambiente universitário de países ditos desenvolvidos como Estados Unidos e Inglaterra.

O jornal britânico *The Telegraph* encomendou à empresa *YouthSight* uma pesquisa a respeito da temática e o resultado foi assombroso: 31% das estudantes entrevistadas disseram ter sofrido alguma forma de violência sexual no ambiente acadêmico, isto é, uma em cada três estudantes britânicas foram vítimas desse tipo de violência (GOLDHIL; BINGHAM, 2015).

Nos Estados Unidos, os resultados apresentados em pesquisas não são muito diferentes. Segundo uma pesquisa conduzida pela Associação das Universidades Americanas e divulgada em 2015, uma em cada quatro alunas universitárias afirmaram ter vivenciado a experiência de algum tipo de violência sexual (ASSOCIATION OF AMERICAN UNIVERSITIES, 2015). O resultado foi obtido a partir da análise das respostas de cerca de 150.000 estudantes das 27 universidades mais renomadas dos Estados Unidos.

Verifica-se, assim, que o Brasil, apesar de estar num contexto socioeconômico muito diferente dos dois países acima citados, apresenta índices de violência sexual em contexto universitário similares, o que leva a crer que se trata em verdade de um problema cultural das sociedades ocidentais e não puramente econômico como se poderia crer.

Para se tentar entender o que culturalmente motiva este tipo de criminalidade – ou pelo menos a indiferença com a qual é tratada pela sociedade – tem sido adotada a categoria dos *rape myths* (mitos a respeito do estupro) pela criminologia e pelos movimentos feministas.

Marta Burt definiu inicialmente tais *rape myths* como crenças socialmente construídas, fundadas em preconceitos e estereótipos a respeito do estupro, das vítimas do estupro e dos estupradores (1980, p. 217).

Ainda que atualmente haja discordância na literatura a respeito de quais mitos deveriam compor o rol dos chamados *rape myths* e até mesmo sobre qual seria a definição mais correta deste conceito, há uma concordância no sentido de que os mitos a respeito do estupro giram em torno de uma culpabilização da vítima, da absolvição social e criminal do estuprador e de uma minimização e/ou racionalização da violência sexual. Isto é, concorda-se que tais mitos perpetuam a violência sexual dirigida contra a mulher.

Dado o impacto que os mitos a respeito do estupro têm na perpetuação deste tipo perverso de violência, este artigo procurará estabelecer uma relação entre eles e a violência sexual praticada em nível universitário, para tentar entender o porquê desta forma de violência não ser levada tão a sério e até mesmo ser desacreditada por uma parcela significativa da população.

Para tanto, entende-se necessário primeiramente esclarecer como esses mitos têm influenciado a percepção social sobre a violência sexual nas universidades,

pois a partir dessas explicações é possível compreender de que forma a culpabilização das vítimas e o desencorajamento das denúncias de estupro nas Universidades são fruto de uma sociedade machista, permeada por práticas heteronormalizadoras, que condicionam desejos, subjetividades e corpos.

3. *Rape script*

Scripts sociais, conforme sustenta Michael W. Wiederman, são as representações mentais que os indivíduos constroem com a finalidade de importar algum sentido às suas experiências, incluindo aí o comportamento dos outros e o seu próprio (2015, p. 7). Eles englobam atitudes, hábitos e objetivos que serão utilizados para definir quais comportamentos serão adotados, ao mesmo tempo em que servem como critério valorativo de situações e eventos (SASSON, 2014, p. 36).

Por trás da noção de *scripts sociais* está a noção de construcionismo social, corrente sociológica que interpreta a realidade – e o comportamento – como o produto de crenças compartilhadas entre um grupo social particular (WIEDERMAN, 2015, p. 7). A metáfora dos *scripts sociais* serve, então, para ressaltar como os indivíduos aprendem e incorporam comportamentos a partir de seu envolvimento em grupos (WIEDERMAN, 2015, p. 7), assim como para entender através de quais critérios avaliam os comportamentos alheios.

Dentre os vários *scripts sociais* existentes, um assume especial importância dentro do escopo de análise do presente trabalho: o *rape script*, isto é, o roteiro ou a cena que vem à mente quando se pensa em um estupro. A maioria dos indivíduos quando escutam a palavra estupro logo imaginam uma situação similar à descrita na introdução. Uma mulher, sozinha, de noite, atacada por um desconhecido que está armado e que, mesmo após a relutância verbal e física da vítima, consegue estuprá-la (SASSON, 2014, p. 36).

Se um relato de estupro segue este roteiro à risca existem poucas dúvidas de que o que ocorreu foi de fato um estupro. A condenação social e no sistema de justiça é quase certa. Contudo, de acordo com Heather Littleton, entre outros autores, a maior parte das vítimas de estupro conhecem os seus estupradores e são poucos os estupros que são cometidos fazendo uso de violência física (LITTLETON, 2011, p. 794).

É justamente por isso que muitas vezes a situação em que o estupro ocorre e/ou a identidade do perpetrador do crime tornam difíceis que as vítimas reconheçam que o que elas passaram é em verdade uma forma de violência sexual. Isto ocorre principalmente quando essas experiências subjetivas não se enquadram no já mencionado *rape script* (foram praticadas por alguém próximo

a vítima; não houve coação física; não houve resistência física por parte da vítima etc.) (DEMING *et al.*, 2013, p. 466).

Ao contrário do que diz o senso comum, a maioria dos estupros são cometidos por conhecidos, amigos, namorados e maridos da vítima, como tem sido constatado em estudos a respeito de violência doméstica e os relatos cada vez mais frequentes de estudantes universitárias que foram estupradas por colegas de faculdade. A já mencionada pesquisa "Violência contra a mulher no ambiente universitário" encomendada pelo Instituto Avon ao Data Popular demonstra com clareza os níveis alarmantes de violência sexual a que uma jovem universitária está sujeita durante seu período acadêmico.

Não é à toa que muitos estudos concluem que as estudantes universitárias estão expostas a um risco maior de sofrerem alguma forma de violência sexual em relação à mulher média, além de estarem mais sujeitas a serem atacadas por alguma pessoa próxima, o que torna mais difícil apresentar resistência aos abusos (YEATER; O´DONOHUE, 1999, p. 739).

O fato da maior parte dessas jovens universitárias ter sido abusada sexualmente em festas ou sob efeito do álcool, por pessoas do seu convívio acadêmico, foge ao modelo do *rape script* e por este motivo muitas vezes essas situações não são reconhecidas como "estupros de verdade" (DEMING *et al.*, 2013, p. 466).

Quando o relato da vítima não se enquadra naquela representação mental que parcela considerável da população faz de um "estupro de verdade", existe uma tendência de que a violência cometida seja diminuída ou relativizada, o agressor responsabilizado em menor medida e a culpa transferida para a vítima. As implicações da ausência de correlação entre o *rape script* e o caso de estupro real, portanto, são gravíssimas na formação do processo penal e na aferição da responsabilidade criminal.

Para tentar entender como se dá esse processo de inversão da culpa e diminuição da gravidade do fato e da responsabilidade do estuprador tem sido adotado o conceito de *rape myths* que será explicado no tópico abaixo.

4. *Rape myths*

O outro lado da moeda do *rape script* se apresenta com a criação de mitos a respeito do estupro (*rape myths*). Conforme ressalta Kathryn M. Ryan, mitos são narrativas socialmente construídas que ajudam as pessoas a compreenderem suas vidas e dar a elas significado (2011, p. 744). É justamente por isso que o estudo dos vários mitos presentes nas várias sociedades tem se mostrado cada vez mais necessário.

Para se tentar entender o que culturalmente motiva a prática de crimes sexuais tem sido adotada a categoria dos *rape myths* (mitos a respeito do estupro) pela criminologia e pelos movimentos feministas (EDWARDS *et al.*, 2011, p. 761).

Em certo sentido, os *rape myths* se aproximam dos *scripts* sociais, uma vez que também se tratam de construções sociais, entretanto abrangem justamente aquelas crenças de que determinadas situações evidentemente abusivas são normais e não configuram violência sexual.

Enquanto o termo *rape script* é usado para designar aquela representação mental coletiva que prescreve uma forma reconhecida como "verdadeira", do que vem a ser um caso de estupro, a expressão *rape myths* é usada geralmente para denunciar aquelas crenças que fazem com que algumas situações de estupro não sejam vistas como expressões de violência.

A definição de *rape myths* foi dada de maneira esclarecedora por Martha Burt. Segundo a autora, os mitos a respeito do estupro seriam as crenças preconceituosas, estereotipadas e permissivas a respeito do estupro, das vítimas do estupro e dos estupradores (1980, p. 217).

Outra definição que é notória nos estudos relativos aos mitos a respeito do estupro é a de Kimberly A. Lonsway e Louise F. Fitzgerald. Para as autoras, *rape myths* seriam as atitudes e crenças geralmente falsas, mas mesmo assim ampla e persistentemente adotadas, que tentam negar ou justificar a agressão sexual perpetrada por homens contra mulheres (1994).

O rol de *rape myths* varia de acordo com o período histórico analisado, já que os mitos são construídos socialmente e se encontram naturalizados nas sociedades ocidentais. Atualmente, pode-se identificar como principais mitos a respeito do estupro: (i) a violência sexual é motivada por uma necessidade ou paixão sexual incontrolável, visto que os homens têm necessidades sexuais e agem por impulso na ânsia de satisfazê-las; (ii) as mulheres sentem prazer ao serem estupradas; (iii) as mulheres pedem para serem estupradas ao adotarem determinados comportamentos, tais como sair à noite sozinhas, serem promíscuas, usarem saia curta, ingerirem álcool etc; (iii) as mulheres mentem que foram estupradas, principalmente para protegerem a sua honra, quando se arrependem de uma relação sexual ou para se vingar de um homem; (iv) as mulheres vão sempre resistir a qualquer tentativa de violência sexual, seja verbalmente, fisicamente ou verbal e fisicamente ao mesmo tempo; (v) as mulheres vão sempre denunciar qualquer relação sexual forçada imediatamente após o crime e vão se mostrar aflitas, abaladas, toda vez que relatarem a agressão sofrida, e (vi) não existe estupro dentro de um relacionamento afetivo/amoroso.

Nicole Westmarland e Laura Graham defendem que os mitos a respeito do estupro devem ser combatidos devido a três razões principais (2012, p. 83-84). Primeiramente, porque se verifica socialmente uma correlação direta entre um maior nível de aceitação dos *rape myths* e uma maior predisposição a praticar atos que consistem em violência sexual. Em segundo lugar, porque as pessoas que acreditam nos mitos a respeito do estupro tendem a culpabilizar a vítima ao invés de responsabilizar social ou criminalmente aquele que promoveu a agressão e, finalmente, porque tais crenças podem influenciar no modo como as denúncias de violência sexual serão recebidas nas delegacias e no modo como os processos judiciais serão conduzidos.

Apesar de já ter sido demonstrado que os *rape myths* apresentam algumas limitações teóricas, tendo em vista que não podem sozinhos dar conta de todo o fenômeno da violência sexual, eles ainda se mostram categorias úteis para se analisar e entender a prática do crime de estupro e as suas consequências nas vítimas (SUAREZ; GADALLA, 2010, p. 2.012-2.013).

Deve se remarcar, ainda, a conexão estabelecida entre os mitos a respeito do estupro e as relações de gênero e o patriarcado.

Rebecca M. Hayes, Katherine Lorenz e Kristin A. Bell afirmam que a cultura do estupro é criada e baseada no modo como a sociedade define e controla a sexualidade das mulheres. Isto é, a sociedade ao insistir que o estupro é um crime que está relacionado ao sexo e não ao exercício de poder e ao impor uma normalização dos tradicionais papéis de gênero (normalização no sentido foucaultiano) cria um ambiente propício para que os *rape myths* se perpetuem (2013, p. 208).

Assim, tendo como base a marginalização que a cultura machista impõe a mulher e as suas experiências, inclusive experiências sexuais, os mitos a respeito do estupro servem para legitimar a violência sexual contra a mulher.

Feita essa introdução aos conceitos de *rape script* e *rape myths*, passa-se à análise de como a criação de uma narrativa única a respeito do que vem a ser estupro (*rape script*) está diretamente relacionado ao machismo presente na sociedade contemporânea brasileira e ao estabelecimento de práticas hetero-normalizadoras.

5. Heteronormalidade: a prisão do desejo, das subjetividades e dos corpos

Quando se analisa a naturalização do machismo nas sociedades ocidentais é possível afirmar que a ordem masculina dispensa justificações e que a visão androcêntrica não precisa de discursos que visem legitimá-la (BOURDIEU,

2014, p. 22). Neste contexto, as mulheres por força da maternidade são submetidas a um processo de socialização que tende a diminuí-las, que impõe a elas a abnegação, a resignação, o silêncio, ao passo que os homens passam por um processo que culmina na imposição do dever de afirmar sua virilidade, a qual o torna superior na hierarquia social, em toda e qualquer circunstância. (BOURDIEU, 2014, p. 76)

Esse dever de virilidade, entendida como capacidade reprodutiva, sexual, social e como aptidão ao combate e ao exercício da violência, faz com que os homens vivam a sua sexualidade de maneira diversa das mulheres. Enquanto as mulheres buscam uma experiência íntima, fortemente carregada de afetividade, que não inclui necessariamente a penetração, mas que pode incluir atividades como acariciar, tocar e abraçar, os homens compartimentam a sexualidade, por um lado a vivenciam como um ato fisicamente agressivo, por outro lado como conquista orientada para a penetração e o orgasmo. Então, no caso do estupro, a virilidade é afirmada pela dominação em estado puro da mulher, já no caso da conquista para o orgasmo, os homens tem na produção do gozo feminino a prova de sua virilidade. Contudo, em ambos os casos o masculino é o ativo, o feminino é o passivo, verificando-se um direcionamento do desejo masculino como desejo de posse, como dominação erotizada e o desejo feminino como desejo da dominação masculina, como subordinação erotizada ou reconhecimento erotizado da dominação (BOURDIEU, 2014, p. 36-38).

Contudo, para entender como se estabelece essa naturalização do machismo, da violência sexual contra as mulheres e também de outros sujeitos que não se identificam dentro do binário masculino/feminino, é preciso ir além da explicação de que a ordem masculina está inscrita nas estruturas sociais (objetivas e cognitivas) e que por este motivo quaisquer práticas ou discursos críticos serão inócuos já que serão sempre produzidos dentro dessa ordem simbólica.

Para compreender essa experiência social, é necessário perceber que os corpos são efeitos de uma dinâmica de poder e por este motivo são indissociáveis das normas reguladoras que os governam, isto é, sua materialidade ao mesmo tempo é um efeito do poder e também produz poder.

Desde o final do século XIX, no mundo urbano-industrial, essa dinâmica funciona também a partir do dispositivo de sexualidade, construído pelos discursos da Igreja com a sacralização da família, da psiquiatria com a histerização da mulher, da sexologia com a virilização do homem, do direito com a figura da mulher honesta, que produziram classificações, dividiram os indivíduos, impondo-lhes práticas, criaram espécies e tipos, bem como modos de controlar a sexualidade, com o objetivo de governar as populações e seus corpos.

Assim, o exercício de poder passou a definir os corpos por meio de um discurso biológico que nomeia as características físicas do homem e da mulher, encontra-se permeado pela cultura binária de gêneros (masculino/feminino) e termina aprisionando o desejo a uma heterossexualidade.

Noutras palavras, trata-se de um processo de heteronormalização, que se concretiza pela imposição de um padrão para o desejo aos corpos, a partir de um discurso sobre o sexo (biológico/cultural) definidor do que é masculino ou ativo e do que não é masculino ou passivo. Guacira Lopes Louro complementa que "a normatividade dos gêneros está estreitamente articulada à manutenção da heterossexualidade. É somente através da heterossexualidade que noções de oposição e complementariedade dos gêneros masculino/feminino são garantidas" (LOURO, p. 140).

Portanto, é possível concluir que o "sexo" (discurso sobre as características biológicas relativas aos homens e as mulheres) é um ideal regulatório, funciona como norma e faz parte de uma prática reguladora que produz os corpos que governa, deste modo produz, demarca, define, diferencia os corpos que controla. (FOUCAULT, 1988)

Nesse sentido, Judith Butler afirma que frequentemente as diferenças sexuais são tratadas como diferenças materiais, sem que se reflita sobre o fato de que essas diferenças ditas materiais estão marcadas e definidas por práticas discursivas de poder, isto é, são estabelecidas por normas culturais.

Segundo ela, o sexo binário (homem/mulher) não traduz uma realidade simples ou condição estática dos corpos, esse "sexo" é um processo mediante o qual as normas reguladoras que o materializam e o definem, para alcançarem essa materialização, precisam ser reiteradas forçadamente, trata-se do que a filósofa norte-americana nominou de performatividades.

Deste modo, é possível afirmar que as normas reguladoras do "sexo" são performativas na constituição da materialidade dos corpos ou do sexo dos corpos, das diferenças sexuais e principalmente na consolidação do imperativo heterossexual (BUTLER, 2008, p. 18).

Desta maneira, quando alguém se identifica como mulher ou homem e forçadamente passa a ter práticas que reafirmam o sexo assumido, seu corpo se condiciona ao sexo assumido, sua subjetividade é definida a partir das diferenças sexuais e seu desejo é aprisionado pela heterossexualidade, num processo de constante ressignificação de sua identidade.

Com o estabelecimento de um padrão de normalidade para o sexo, para as subjetividades e seu desejo, desencadeia-se um processo de exclusão ou de tentativa de heteronormalização, que pode inclusive ser violento, daqueles que

não atendem a esse padrão, são os chamados corpos abjetos, corpos que não importam, isto é, de mulheres que não se encaixam no ideal de fragilidade do sexo feminino, transgêneros, intersexuais, homossexuais e bissexuais.

Essa dinâmica, a partir da definição de corpos com base num discurso biológico que nomeia características físicas do homem e da mulher, permeada pela cultura binária de gêneros (masculino/feminino), aprisiona o desejo a uma heterossexualidade. Noutras palavras, trata-se de um processo de heteronormalização, que se concretiza pela imposição de um padrão para o desejo aos corpos, a partir de um discurso sobre o sexo (biológico/cultural) definidor inclusive do que não é feminino.

Assim, muitos dos estupros cometidos contra as jovens universitárias são justificados porque suas ações não reafirmaram performaticamente o sexo com o qual se identificam, na medida em que estavam embriagadas, sozinhas em festas ou consentiram com uma aproximação mais íntima, ou seja, não se comportaram de acordo com o ideal regulatório do sexo.

Aliás, nesse contexto, pode-se afirmar que os *rape scripts* são práticas discursivas materializadoras desse ideal regulatório do sexo, suas narrativas sobre o estupro impõem um padrão heteronormativo, ao tentar descrever a situação "verdadeira" de estupro, em que a mulher frágil é subjugada pelo homem viril, já os *rape myths* são narrativas que de alguma maneira denunciam esta naturalização do padrão de comportamento do sexo feminino, do masculino e de como a imagem dessa situação "verdadeira" de estupro constitui corpos e subjetividades.

Note-se que as próprias vítimas dos estupros que ocorrem dentro das Universidades sequer se enxergam como abusadas, pois como corpos heteronormalizados acreditam que pelo fato de estarem embriagadas ou de usarem uma roupa provocante estariam sujeitas a tal violência, afinal os corpos masculinos são viris, tem certas necessidades, inclusive da posse sexual. Desta forma, sem perceber que sua performatividade reafirma o binário de sexo e a permissividade da violência contra os corpos não normalizados.

As Universidades ao receberem denúncias de estupro nas situações que não correspondem ao *rape script* tratam de culpabilizar a vítima, buscam garantir seu silêncio para não macular a imagem e a reputação construídas na esfera acadêmica, afinal não podem ser conhecidas como os lugares onde se encontram aqueles corpos que não foram normalizados, os femininos que subverteram as regras. Isto porque como já lembrava Michel Foucault, os não normalizados são aqueles que se deixa morrer (FOUCAULT, 1999), como diria

Giorgio Agamben, as vidas nuas, tal como definiu Judith Butler (AGAMBEN, 2007), os corpos que não importam (BUTLER, 2008).

Então, dentro dessa realidade de descaso com o estupro corriqueiro nas Universidades, de banalização da violência de gênero, da naturalização de uma dominação sexual masculina, de um processo penal que revitimiza a mulher vítima de um estupro, é preciso indagar sobre formas de resistência, estratégias para transformar essa situação e para dar voz às vítimas.

Muitos defendem que a solução seria a criminalização dos agressores, a imposição do rigor das penas privativas de liberdade, porém não se pode esquecer que o Direito é um discurso de poder, que não reconhece identidades naturalmente estabelecidas ou socialmente construídas e lhes assegura direitos, mas produz, torna coerente, limita, unifica, normaliza e perpetua certas identidades para esconder a noção desse "sujeito anterior a lei" e apelar a essa formação discursiva como uma premissa fundacional naturalizada que posteriormente legitima sua hegemonia reguladora.

Isso significa que a formação jurídica da linguagem e do exercício do poder que reconhece as mulheres e os homens como sujeitos de direitos é uma formação discursiva resultante de uma versão específica da política de representação. Deste modo, o sujeito titular de direitos está discursiva e descontextualizadamente formado pela mesma estrutura política que, supostamente, promoverá a sua emancipação. Em suma, torna-se complicada a emancipação do sujeito, na medida em que o direito que o representa de forma universal e excludente é o mesmo que estabelece o caminho de sua emancipação. (BUTLER, 2015, p. 46-47)

Noutras palavras, o discurso jurídico que criminaliza e pune a violência de gênero, forjado nas lutas dos movimentos sociais, define e produz o sujeito desses direitos de maneira descontextualizada, como se o representasse, e acaba limitando o exercício da cidadania às mulheres que se encaixam num certo padrão de normalidade, excluindo muitas outras identidades do gozo desses direitos e deixando de cumprir a promessa de emancipação. Além disso, ao enunciar direitos para os sujeitos reconhecidos biologicamente como do sexo feminino ou masculino, intensifica a submissão dos corpos a uma ordem binária de gênero masculino/feminino, produto de um contrato social heterocentrado, cujas performatividades normativas foram inscritas nos corpos como verdades biológicas, acentuando uma pretensa superioridade do homem e legitimando a dominação masculina. (BUTLER, 2008)

Portanto, sem entrar nos discursos abolicionistas da criminologia crítica (ANDRADE, 1997; KARAM, 1996) ou pregações cristãs que evocam compaixão com o agressor, é possível concluir que o direito penal não é a solução para

evitar os estupros nas Universidades porque se trata de um discurso inapto para emancipar as identidades que constantemente são vítimas da violência de gênero, para permitir subjetivações para além da heternormatividade que possam resistir, na medida em que constitui e impõe o binário de gênero legitimador dessa violência sexual contra estudantes universitárias. (BORGES; LUCCHESI, 2014)

6. Considerações finais: resistir é desconstruir mitos

Em que pese ser complexo resistir às violências das sociedades contemporâneas, por suas múltiplas formas e atores, deve-se lembrar que de acordo com Michel Foucault, "lá onde há poder há resistência e, no entanto (ou melhor, por isso mesmo) esta nunca se encontra em posição de exterioridade em relação ao poder". (1999, p. 91)

Isto significa que onde existem práticas de poder buscando a heteronormalização dos corpos também se estabelecem nós de resistência a partir de práticas que questionam o padrão de normalidade de masculinidade e feminilidade impostos socialmente.

Segundo o filósofo francês, não existe um lugar da grande recusa ou um foco genético de todas as rebeliões, ao contrário, os múltiplos nós de resistência estão espalhados por todo o corpo social e são condição de existência das próprias relações de poder. Deste modo, as resistências existem sempre no plural e são alvo constante das relações de poder, isto é, representam o que está lá para ser normalizado, mas que não se deixa normalizar.

Então, como focos que não se deixam subjugar, elas se inserem de maneira totalmente irregular nas redes de poder e se disseminam no tempo e no espaço com mais ou menos densidade, o que pode ser observado nos levantes de certos grupos ou indivíduos em que as resistências nitidamente sofrem um processo de densificação no corpo social.

Todavia, este fenômeno não é comum, ou melhor, costuma ser bastante raro, já que os pontos de resistência são normalmente móveis e transitórios e "introduzem na sociedade clivagens que se deslocam, rompem unidades e suscitam reagrupamentos, percorrem os próprios indivíduos, recortando-os e os remodelando, trançando neles, em seus corpos e almas, regiões irredutíveis" (FOUCAULT, 1988).

Diante disto, pode-se afirmar que tal como as relações de poder os nós de resistência não se localizam, mas circulam por todo o corpo social de modo a perpassar os indivíduos, os aparelhos e as instituições. Além disso, deduz-se que

o seu espessamento ocorre excepcionalmente, a ponto de causar uma revolução ou levante, porque num determinado momento se realiza a sua codificação, isto é, porque se realiza num certo átimo o seu mapeamento e aproximação.

No mesmo sentido, quanto à heteronormalização, David Córdoba Garcia afirma que "a resistência se dará em lugares múltiplos e de forma nem sempre intencional e consciente. Os pontos de subversão do sistema do regime (hetero) sexual estarão dispersos por todo espaço delimitado por este regime" (2005, p. 45). Guacira Lopes Louro acrescenta, ainda, que essa perspectiva possui grande potencialidade política e traz oxigenação às representações irremediavelmente pessimistas da sociedade. "Na medida em que assume que o contraponto aos discursos dominantes pode ser (e é) exercido a partir de múltiplos espaços e práticas, parece razoável supor que outros ou que mais sujeitos intentam formas de resistir e de contestar. Formas talvez menos espetaculares ou menos visíveis, mas (quem sabe?) igualmente produtivas" (2012, p. 141).

Portanto, pode-se concluir que são múltiplas as formas de resistência ao processo de heteronormalização, que vão desde a drástica intervenção para transformar o corpo em materialidade que subverte o binômio homem/mulher (*queer*) até o questionamento diário das práticas, das palavras, das coisas aparentemente banais, que discretamente subjugam e constituem sujeitos masculinos e femininos.

De qualquer forma, toda resistência se inicia a partir do que Michel Foucault chamou de atitude crítica, que se traduz num certo modo de pensar e de agir, numa relação travada com o existente, com o que se sabe, com o que se faz, numa relação estabelecida com a sociedade, com a cultura, com os outros, que por sua vez não se deixa assujeitar pelo processo de controle das populações (governamentalização), o qual se concretiza inclusive pelo dispositivo de sexualidade.

Assim, a atitude crítica se perfila como a arte da desobediência voluntária, da indocilidade raciocinada, que tem por finalidade o dessujeitamento no jogo que se pode denominar de política da verdade. (FOUCAULT, 1990)

Aliás, para Michel Foucault, esta noção de atitude crítica remete àquela kantiana de *aufklärung* ou esclarecimento (KANT, 1974), que consiste no processo em que a humanidade supera um estado de menoridade, ou de incapacidade de servir-se do próprio intelecto sem ser dirigida por outrem, de falta de coragem e de decisão, no qual é mantida de modo excessivamente autoritário.

Nesse sentido, seria possível pensar que a atitude crítica exige a expressão simultaneamente individual e coletiva de uma vontade decisória de não ser governado, a qual é capaz de elevar o homem de um estado de menoridade à maioridade no que se refere à religião, ao direito e ao conhecimento.

Deste modo, para resistir à heteronormalização e seus efeitos, tais como os estupros nas universidades, faz-se necessário questionar cotidianamente as práticas diárias, a maneira de reagir diante de situações de violência sexual que se afastam dos *rape scripts*, ou seja, é preciso incessantemente descontruir os *rape myths* e tornar-se sensível a outras narrativas de modo a identificar violência sexual nos vários atos de intimidade corporal não consentidos e que envolvam múltiplas identidades.

Como defende Guacira Lopes Louro, aos que resistem à heteronormalização, o questionamento da sexualidade já não se coloca como imperativo, pelo menos para alguns, é central "descobrir as causas dos desvios da heterossexualidade", mas, em vez disso, examinar os discursos que permitiram que essa forma de sexualidade fosse tomada como natural, ou melhor, examinar os discursos que fizeram com que essa se constituísse a verdade única e universal. Consequentemente, os olhares se voltarão também para os processos que silenciaram outros discursos e empurraram outras formas de sexualidade para o lugar ilegítimo, não natural e inaceitável. (2012, p. 141)

Isso significa que a resistência à heteronormatividade também passa pelo questionamento da aceitação do estupro como algo corriqueiro nas relações travadas entre colegas universitários e pode-se se iniciar dando voz aos discursos silenciados, aos relatos que não correspondem aos *rape scripts* e normalmente são calados para não macular a reputação de instituições de ensino renomadas.

Nesse caso, resistir também implica ouvir as várias narrativas das universitárias e dos universitários que foram obrigados a praticar atos sexuais e sentiram-se violados por questões de gênero, exige alteridade no sentido de colocar-se transitoriamente no lugar dessa outra vítima, sentir a sua dor e não julgá-la culpada por uma violência produzida no processo de heteronormalização. Faz-se necessário ouvir o outro, sensibilizar-se com as histórias silenciadas e reconhecer que também há estupro quando...

... Uma universitária, que cursa agronomia, nos primeiros meses de aula, vai a uma festa promovida pelos colegas. O clima é animado pela música, alguns dançam e outros conversam. A bebida e as drogas podem ser compradas facilmente e por baixo preço. Depois das duas horas da manhã, todos já estão alterados e um casal conversa intimamente no canto do ambiente. Começam as carícias e ele a convida para um lugar mais calmo, onde possam se conhecer melhor. Ela aceita o convite para o quarto do rapaz, numa república próxima à faculdade. Depois de oferecer mais uma cerveja, ele começa a tentar tirar sua roupa, mas ela demonstra que não quer essa intimidade. Ele interpreta sua negativa como parte do jogo de sedução e continua a passar a mão em seu corpo

e a tirar sua roupa. Ela se sente culpada por ter deixado as coisas chegarem àquele momento e acaba cedendo ao desejo sexual do seu colega.

... Uma universitária, que cursa medicina, vai a uma festa promovida pelo centro acadêmico. A bebida é de graça e ela logo recebe um copo de algo alcóolico que não consegue identificar. Já no início da festa, encontra seu colega de curso, que nos últimos dias tem demonstrado certo interesse por ela. Suas amigas demoram a chegar e ela continua conversando com ele. Em dado momento, ela lhe pede que segure sua bebida enquanto vai ao banheiro. Ao retornar, diz que vai embora, mas o colega insiste que continue aproveitando a festa. Depois de alguns goles da bebida, que havia deixado sob os cuidados dele, ela se sente tonta e acaba desmaiando no sofá próximo. Todos acham que ela bebeu demais, como sempre acontece nesses lugares, sem perceber que o colega havia colocado algo na sua bebida. Nesse momento, o inofensivo companheiro de curso a leva para um canto da sala, onde há uma poltrona, e passa a acariciar seu corpo, a levantar sua blusa.

... Um universitário, que cursa arquitetura, tem frequentado algumas aulas do curso de engenharia para aperfeiçoamento de seus estudos. O seu gestual delicado, sua sensibilidade para detalhes, suas roupas e seu modo de se expressar são logo percebidos pelos colegas. A discriminação começa em poucos dias e se traduz na sua exclusão dos trabalhos em grupo e nas piadas e brincadeiras de mau gosto. O problema é que o aspirante a arquiteto tem notas altas nas disciplinas da Engenharia, também é elogiado pelos professores, e isso fomenta ainda mais a intolerância de seus colegas. Certo dia, vence o concurso para uma bolsa bastante concorrida e os colegas do curso de Engenharia resolvem lhe dar uma lição. Quando ele entra no banheiro, vários o cercam e o atacam sexualmente, entre socos e xingamentos.

... Um universitário namora há dois anos o seu colega do curso de psicologia. Possuem um relacionamento estável e moram juntos há seis meses. A família de ambos tem conhecimento do relacionamento e não aprovam o que eles identificam como doença. Contudo, como em todo relacionamento, após certo tempo instala-se o tédio e a monotonia. Então, nessas situações surge o interesse por outras pessoas e por outras aventuras. Assim, quando o universitário se apaixona por uma estudante de sociologia, resolve terminar sua relação de dois anos. Todavia, seu companheiro não aceita bem o rompimento e durante uma discussão acaba por agredi-lo com socos e chutes, bem como o obriga a fazer sexo mediante ameaças.

... Um universitário, transgênero maculino, tem dificuldade para interagir com seus colegas do curso de direito, que visivelmente demonstram repulsa por sua aparência e seu comportamento diferente do padrão moralizante e for-

malista próprio das carreiras jurídicas. Certo dia, durante um campeonato de jogo de truco, promovido pela Associação Atlética, o universitário transgênero se desentende com seus colegas, em razão de uma piada preconceituosa sobre gays contada em voz alta. Os ânimos ficam bastante exaltados no momento, mas nada de mais grave acontece, apenas xingamentos mútuos. Porém, passados dois dias do episódio, a retaliação acontece quando alguns estudantes encontram o universitário transgênero no banheiro e, após rápida troca de ofensas, passam a espancá-lo, tiram suas roupas, forçam-no a desfilar nu e passam a mão em seus órgão genitais.

To be continued...

7. Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

ANDRADE, Vera R. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como de construção da cidadania. *Sequência*, v. 18, n. 35, Florianópolis: UFSC, p. 42-49.

ASSOCIATION OF AMERICAN UNIVERSITIES. Campus survey on sexual assault and sexual misconduct. 2015. Disponível em: [www.aau.edu/Climate--Survey.aspx?id=16525]. Acesso em: 27.04.2016.

BORGES, Clara M. R.; LUCCHESI, Guilherme B. (Coautor). O machismo no banco dos réus: uma análise feminista crítica da política criminal de combate à violência contra a mulher. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 3, v. 60, p. 217-277, 2015.

BORGES, Guilherme Roman. Da atualidade à ontologia crítica: o movimento pendular da modernidade entre Michel Foucault e Immanuel Kant. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre, Síntese, v. 38, 2003, p. 55-70.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina:* condição feminina e violência simbólica. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito acerca da situação da violência contra a mulher no Brasil*. Brasília, 2013. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=130748&tp=1]. Acesso em: 27.04.2016.

BURT, Martha R. Cultural myths and supports for rape. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 38, n. 2, p. 217-230, 1980.

BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan:* sobre los límites materiales y discursivos del "sexo". Trad. Alcira Bixio. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2008.

BUTLER, Judith. *El género en disputa:* el feminismo y la subversión de la identidad. Trad. Maria Antonia Muñoz. 7. ed. Barcelona: Paidós, 2015.

DEMING, Michelle E.; COVAN, Eleano Krassen; SWAN, Suzanne C.; BILLINGS, Deborah L. Exploring rape myths, gendered normas, group processing, and the social context of rape among college women: a qualitative analysis. *Violence against women,* v. 19, n. 4, p. 465-485, abr. 2013.

EDWARDS, Katie M.; TURCHIK, Jessica A.; DARDIS, Christina M.; REYNOLDS, Nicole; GIDYCS, Christine A. Rape myths: history, individual and institutional-level presence, and implications for change. *Sex Roles*, v. 65, n. 11, p. 761-773, dez. 2011.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: vontade de saber. Trad. M. T. da Costa Albuquerque e J. A. G. Albuquerque, Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GARCÍA, David Córdoba. Teoria *queer*: reflexiones sobre sexo, sexualidad e identidad hacia una politización de la sexualidad. *Teoria queer. Políticas Bolleras, maricas, trans, mestizas*. Barcelona/Madrid: Egales, 2005, p. 21-66.

GOLDHIL, Olivia; BINGHAM, John. One in three UK female students sexually assaulted or abused on campus. *The Telegraph,* Londres, 14.01.2015. Disponível em: [www.telegraph.co.uk/women/womens-life/11343380/Sexually-assault-1--in-3-UK-female-students-victim-on-campus.html]. Acesso em: 27.04.2016.

HAYES, Rebecca M.; LORENZ, Katherine; BELL, Kristin A. Victim blaming others: rape myth acceptance and just world belief. *Feminist Criminology*, v. 8, n. 3, p. 202--220, jul. 2013.

INSTITUTO AVON; DATA POPULAR. *Violência contra a mulher em ambiente universitário*. 2015. Disponível em: [www.avon.com.br/app/images/dashboard/instituto-avon-site/PesquisaInstitutoAvon.pdf]. Acesso em: 27.04.2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Tolerância social à violência contra a mulher. 2014. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf]. Acesso em: 27.04.2016.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: O que é o esclarecimento?. Textos seletos. Trad. Raimundo Vier e Floriano de Souza. Petrópolis: Vozes, 1974, p. 100-117.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, a/ 1, n. 1, jan-jun, p. 79-92,1996.

LITTLETON, Heather. Rape myths and beyond: a commentary on Edwards and colleagues. *Sex Roles*, v. 65, n. 11, p. 792-797, dez. 2011.

LONSWAY, Kimberly A.; FITZGERALD, Louise F. Rape myths: in review. *Psychology of Women Quaterly*, v. 18, n. 2, p. 133-164, jun. 1994.

LOURO, Guacira Lopes. Foucault e os estudos *queer. In:* RAGO, M.; VEIGA NETO, A. (Org.). *Para uma vida não fascista*. Belo Horizonte: Autêntica, 2012, p. 135-142.

RYAN, Kathryn M. The relationship between rape myths and sexual scripts: the social construction of rape. *Sex Roles*, v. 65, n. 11, p. 774-782, dez. 2011.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre as violações de direitos humanos nas faculdades paulistas. São Paulo, 2015. Disponível em: [www.al.sp.gov.br/repositorio/arquivoWeb/com/com3092.pdf]. Acesso em: 27.04.2016.

SASSON, Sapir. Labeling acts of sexual violence: what roles do assault characteristics, attitudes, and life experiences play? *Behavior and Social Issues*, v. 23, p. 35-49, 2014.

SUAREZ, Eliana; GADALLA, Tahany M. Stop blaming the victim: a meta-analysis on rape myths. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 25, n. 11, p. 2.010-2.035, out. 2010.

WESTMARLAND, Nicole; GRAHAM, Laura. The promotion and resistance of rape myths in an internet discussion forum. *Journal of social criminology*, v. 1, n. 2, p. 80-104, 2012.

WIEDERMAN, Michael W. Sexual script theory: past, presente, and future. *In:* DELAMATER, John; PLANTE, Rebecca F (Eds.). *Handbook of the Sociology of Sexualities*. Suíça: 2015, p. 7-22.

YEATER, Elizabeth A.; O´DONOHUE, William. Sexual assault prevention programs: current issues, future directions, and the potential efficacy of interventions with women. *Clinical Psychology Review*, v. 19, n. 7, p. 739-771, 1999.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual, de Julia Maurmann Ximenes, Soraia da Rosa Mendes e Rodrigo Chia – *RBCCrim* 130/349-367 (DTR\2017\674).

Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar

Maria da Penha Law: protection of women's rights in situation of domestic and family violence

Eduardo Cambi

Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Estado do Paraná. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais (CDDF) do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Coordenador estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Pós-doutor em direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Diretor financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Diretor de Pesquisa do Instituto Paranaense de Direito Processual. Foi assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2012-2014). Pesquisador dos seguintes temas: Direitos fundamentais, Jurisdição constitucional, Ministério Público, Novo Código de Processo Civil, Provas, Cidadania e Educação em Direitos Humanos.
eduardocambi@hotmail.com

Emmanuella Magro Denora

Mestranda em Ciência Jurídica, na linha de pesquisa Função Política, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP – 2016); Advogada; bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL – 2008); Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL – 2009). Professora de Direito Constitucional, Direito Processual Penal e de Direito Penal. Pesquisadora de questões de gênero e Direitos Humanos.
denora.adv@gmail.com

Recebido em: 17.09.2016
Aprovado em: 08.11.2016
Última versão autores: 05.12.2016

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente texto discorre sobre os direitos das mulheres e seu reconhecimento jurídico e político por meio das lutas históricas do movimento feminista, advindo com a Lei Maria da Penha, que colocou a discussão sobre gênero em pauta, bem como chamou a atenção sobre as

Abstract: This paper is about the rights of women and their legal and political recognition through the historical struggles of the feminist movement, arising mainly with the Maria da Penha Law in 2006, which placed the discussion on gender on the agenda and called attention to

Cambi, Eduardo; Denora, Emmanuella Magro. Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 133. ano 25. p. 219-255. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

várias formas de violências sofridas e enfrentadas pelas mulheres, a partir do ambiente privado, o próprio lar, a serem reproduzidas em ambientes públicos. Versa sobre as questões de igualdade material e ressalta a importância da Lei 11.340/2006 como instrumento de ação afirmativa para o enfrentamento de problemas de inclusão social. Aborda, ainda, os aspectos diferenciados dessa lei, sob a perspectiva democratizante dos direitos das minorias e da percepção do direito como meio de fomento para uma cultura de valorização e respeito aos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos das mulheres – Lei Maria da Penha – Aspectos processuais da Lei Maria da Penha.

the many forms of violence suffered and faced by women from the private environment, their own homes, to be repeated in public places. Deals with the equality issues and material constitutionality of affirmative action promoted with the legislation, and addresses the question of answering social problems. It also concerns with the matter filtered through democratizing inclusion of minority rights and the perception of law as material equality developer of a culture of human rights formation.

Keywords: Women's Rights – Maria da Penha Law – Maria da Penha Law procedures.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve histórico das lutas feministas por reconhecimento e igualdade. O caso Maria da Penha. 3. Direitos das mulheres como direitos humanos. 4. Lei Maria da Penha como instrumento de ação afirmativa. 5. A constitucionalidade da Lei Maria da Penha. 6. Tutela diferenciada na Lei Maria da Penha. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A história das mulheres é uma história de *esquecimento*. A história da humanidade, da forma como é tradicionalmente apresentada, exclui as mulheres da participação efetiva na vida pública e política. É norteada pelo *machismo estrutural*, que deixa de lado importantes contribuições das mulheres tanto nos ambientes públicos quanto privados. A historiografia feminista permite a inclusão desse grupo ainda considerado minoritário e inferior, pela desestruturação da perspectiva histórico-patriarcal.

No Brasil, o reconhecimento jurídico e político de lutas históricas do movimento feminista advém especialmente com a Lei Maria da Penha, que coloca a discussão sobre gênero em pauta. Essa lei também chama a atenção sobre as várias formas de violências sofridas e enfrentadas pelas mulheres.

A Lei 11.340/2006 é um referencial legal do e para o movimento feminista, sendo inovadora ao perceber juridicamente que as violências sofridas pelas mulheres a partir do ambiente privado devem ser politizadas.

A Lei Maria da Penha foi estruturada na perspectiva interdisciplinar, trazendo um conjunto sistematizado de proteção ao regulamentar matérias de Direito de Família, Penal e Processual. Dessa forma, criou, ainda, um procedimento

diversificado ao prever, por exemplo, medidas protetivas de urgência e proibir a aplicação subsidiária da Lei 9.099/95.

Com efeito, produziu um ambiente de compromisso e empatia às questões de gênero para defender a hipossuficiência relacionadas às violências domésticas e familiares. Com isso, a Lei 11.340/2006 acabou por reconhecer oficialmente que existe, no Brasil, permissividade social em relação aos direitos das mulheres tendo como causa histórica a dominação arraigada por uma sociedade machista.

Nesse trabalho, procura-se abordar os direitos das mulheres, tendo como enfoque a Lei Maria da Penha, na perspectiva dos direitos humanos, com o intuito de destacar os aspectos processuais diferenciados trazidos nessa legislação.

2. Breve histórico das lutas feministas por reconhecimento e igualdade. O caso Maria da Penha

Quando se afirma que a história das mulheres é uma história de esquecimento, é em razão do lugar que restou reservado às mulheres dentro da ciência da memória, relegando-as a condição de mínima ou quase nenhuma representatividade.

Desde a filosofia grega, prepondera-se o discurso masculino, sendo a diferença excluída. Aristóteles definiu a mulher como *falha da natureza* (uma mulher inteligente seria um fato contranatural). Atribuía aos homens as características da beleza, força e inteligência, enquanto as mulheres eram caracterizadas como seres fracos por natureza, cabendo a elas a reclusão em casa, o convívio com os escravos e animais no universo de infraestrutura (*Oikos* = de administração da vida, ambiente do lar) e da vida (*Zoé* = vida viva, para procriação), sendo o corpo da mulher associado ao dos escravos e dos animais[1].

Na Idade Média, a mulher continuou a ser pensada como falha da natureza, razão pela qual as vozes das mulheres foram silenciadas. São mencionadas na criação, associadas a uma imagem perversa, inconfiável, relacionadas à figura bíblica pecadora de Eva. Os filósofos medievais da Igreja pregavam a dominação dos corpos das mulheres, ao considerar sua carne o lugar do pecado.

1. TIBURI, Marcia. Aulas online, no curso Filosofia Feminista. Disponível em: [http://espacorevistacult.edools.com/curso/filosofia-feminista-por-marcia-tiburi]. Acesso em: 22.08.2016.

O livro *Malleus Malleficarum*, escrito em 1487, foi o ápice da perseguição às mulheres ao personificar o mal, o diabo, no corpo da mulher.

Immanuel Kant (1724-1804), figura central da filosofia moderna, por sua vez, dá às mulheres a condição de naturalmente servirem para enfeitar. Associa as mulheres ao belo, e os homens ao sublime – eles podem agradar e desagradar ao mesmo tempo, enquanto elas se prestam unicamente para agradar[2]. A atuação intelectual da mulher não é encantadora, e o sexismo uma característica propalada nas esferas de conhecimento.

No pensamento liberal clássico, predomina a teorização de um gênero humano não genérico, composto apenas de *veri homines*, amputado de sua metade feminina e de sua porção criança: a mulher e o menor são subsumidos em uma comum incapacidade jurídica em matéria de questões públicas. Assim, durante muito tempo, a modernidade filosófica pensou o gênero humano pela metade. Com efeito, o universalismo afirmado pelo modelo liberal é limitado e desatento na atribuição e no reconhecimento de uma subjetividade política *para todos*[3].

No Brasil-Colônia, a educação era reservada apenas aos homens. A mulher deveria obediência ao pai e ao marido, vivendo enclausurada no lar e na Igreja. Com a vinda da Corte portuguesa para o Brasil e com a Constituição do Império de 1824, surgiram escolas destinadas à educação das mulheres, embora ainda voltadas a trabalhos manuais, cânticos e ensino brasileiro de instrução primária, sendo vedado o convívio delas nas escolas masculinas. No regime das Ordenações portuguesas, não se impunha pena ao marido por castigos corporais à mulher e aos filhos; a mulher não poderia ser testemunha em testamento público; o pátrio poder era exclusividade do marido e quase nenhum ato da vida civil poderia ser praticado sem o consentimento do homem. O Código Civil de 1916 manteve esse regime conservador de direitos, sendo a mulher considerada incapaz do ponto de vista civil, sendo comparadas aos então nominados silvícolas e aos menores impúberes. Por exemplo, o art. 240 do Código Civil, na sua redação original, afirmava: "A mulher assume, pelo casa-

2. LINO, Alice de Carvalho. *Belo e sublime:* a mulher e o homem na filosofia de Immanuel Kant. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Filosofia, do Departamento de Filosofia, do Instituto de Filosofia, Artes e Cultura. Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto, 2008. Disponível em [www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/2544] Acesso em: 28.07.2016.

3. PIERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da diferença.* 3. ed. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da FFLCH-USP/Editora 34, 2013. p. 111-112.

mento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família". As mulheres somente adquiriram o direito ao voto no Brasil, em 1932, pelo Decreto 21.076 do Código Eleitoral Provisório.

A construção misógina na história da representação da humanidade veio a modificar-se com Simone de Beauvoir, que desestrutura a "natureza feminina" e observa a questão de *secundarização* da mulher ao longo da história. Beauvoir afirma que as mulheres são marcadas pelo sexo, uma vez que consideradas secundárias na cultura, na condição de não sujeito, porque objeto dentro da história, que constrói a mulher. Daí compreender sua célebre frase "Ninguém nasce mulher: torna-se mulher", que questiona o lugar do destino biológico como fundamento para a afirmação da existência de uma natureza feminina. Portanto, enfatiza a ideia da construção do gênero como não essencial, mas histórico[4].

Quando se dá conta da secundarização de sexo não declarado, resultado do discurso oficial corroborado por filósofos e pensadores em toda a história da humanidade, que reproduzem o androcentrismo por meio de legislação, é necessário contabilizar os fatores institucionais da repetição da divisão de gêneros. Também é importante analisar o papel que o Estado possui ao ratificar e reforçar as prescrições e proscrições do patriarcado privado como se público fosse, com a finalidade de gerir e regulamentar a existência quotidiana da unidade doméstica[5].

Assim, o Estado, pela obra dos legisladores e administradores públicos (ao não preverem nem estruturarem, adequadamente, políticas públicas voltadas à afirmação dos direitos das mulheres), acabou por impor, historicamente, a visão ultraconservadora que faz da família patriarcal o princípio e modelo da ordem social como ordem moral, fundamentada na preeminência absoluta dos homens em relação às mulheres, dos adultos sobre as crianças e na identificação da moralidade com a superioridade da força física e o domínio do corpo, lugar de tentações e de desejos. Com isso, os Estados modernos inscreveram no direito todos os princípios fundamentais da visão androcêntrica[6]. Aliás, o Código Penal brasileiro (Decreto-lei 2.848/1940) previa, até ser modificado pela Lei 11.106/2005, a expressão "mulher honesta" como elemento normativo do tipo de atentado ao pudor mediante fraude (art. 215), e o termo "mulher virgem", para definir o crime de sedução (art. 217).

4. BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. v. 1 e 2.
5. BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 105.
6. *Idem*.

A Constituição da República de 1988 representa um *giro copernicano* para as conquistas formais das mulheres. Se antes elas eram declaradamente consideradas sujeitas de direito a menor, passam a ter, declaradamente, igualdade de direitos e deveres em geral (art. 5º, inc. I, CR), bem como nas obrigações familiares e de planejamento, e o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226 e parágrafos, CR). Também a elas garantiu-se que não haveriam práticas discriminatórias laborais (art. 7º, inc. XXX, CR), com a clara finalidade de promover a inclusão das mulheres em espaços públicos e legitimá-las em igualdade nos espaços privados, além de considerá-las em igualdade em relação aos homens, cujos efeitos legais vão além dos aspectos meramente declaratórios.

É o caso de Maria da Penha, como ela própria relata em seu livro autobiográfico *Sobrevivi, posso contar*[7], em que fala da violência que sofreu quando em um relacionamento abusivo, que durou por 23 anos. Por duas vezes seu então marido tentou assassiná-la, na primeira vez a tiros, em um assalto forjado, que a deixou paraplégica, e posteriormente por eletrocussão e afogamento. Maria da Penha procurou ajuda na Justiça, que levou 19 anos e meio para ter o julgamento de seu agressor finalmente concluído.

Nesse longo período, Maria da Penha, ciente da impunidade pela desproporção e do pouco zelo com a violência doméstica sofrida, buscou meios internacionais de Direitos Humanos e denunciou o Brasil, signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), alegando que o país tolerava e, portanto, fazia-se também algoz, a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros (seu então marido). O caso foi apreciado, em 2001, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão competente dentro da Organização dos Estados Americanos (OEA), que concluiu que o Estado Brasileiro não cumpriu o previsto no art. 7º da Convenção do Pará e nos arts. 1º, 8º e 25 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, tendo recomendado o prosseguimento e a intensificação do processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra a mulher no Brasil e, em especial, "o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera"[8].

7. PENHA, Maria. *Sobrevivi… posso contar.* 2. ed. Fortaleza: Editora Armazém da Cultura, 2012.

8. JESUS, Damásio. *Violência contra a mulher.* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

Foi essa condenação pública decisiva para que o marido de Maria da Penha fosse condenado e para que o governo viesse a se preocupar com a elaboração de uma lei e de outras políticas públicas contra a violência doméstica e familiar contra mulheres.

Somente em 2006 foi publicada a Lei 11.340, conhecida por Lei Maria da Penha, que traz em seu bojo legal a aliança entre as medidas assistenciais, as de prevenção e as de contenção da violência, além do vínculo da esfera jurídica com os serviços de assistência em rede. Prevê medidas extrapenais gradativas até chegar às penais.

Em razão disso, a Lei 11.340/2006 é considerada pela Organização das Nações Unidas um exemplo de legislação efetiva para o tratamento da violência doméstica contra mulheres[9].

Apesar dos progressos legislativos, é forçoso que se reconheça que o Direito é um campo onde as transformações se produzem lentamente. O Direito, enquanto instituição, contribui em grande medida para a manutenção do *status quo*, presente na tradicional hegemonia masculina na sociedade.

Por outro lado, o Direito é um terreno propício ao desenvolvimento de regras que podem dar origem a transformações importantes, inclusive na relação entre os dois sexos[10].

Assim, não basta o reconhecimento legal da proteção da violência doméstica, porque transformações culturais e comportamentais de uma sociedade não se conquistam apenas por meio da legislação. Leis sobre igualdade de tratamento não produzem, por si só, tratamentos igualitários faticamente[11], sendo indispensável mudar também os hábitos sociais.

9. CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 144. Entretanto, para um estudo de direito comparado, conferir: ÁVILA, Thiago André Pierobom (coord.). *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero.* Experiências e representações sociais. Brasília: Escola ESMPU, 2014; GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Lei Maria da Penha:* aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 55-71; BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 165-194.
10. DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres:* uma introdução à teoria do direito feminista. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1993. p. 7.
11. ALVES, Fernando de Brito. *Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática.* Dissertação de mestrado (ciências jurídicas). Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009.

3. DIREITOS DAS MULHERES COMO DIREITOS HUMANOS

Pode parecer redundante a afirmação de que as mulheres são seres humanos. Porém, a história demonstra que o reconhecimento de seus direitos como direitos humanos não é apenas um simples exercício de lógica dedutiva.

A política de consideração da mulher como *sujeito secundarizado* ocasionou a necessidade de se afirmar a sua condição de vulnerabilidade[12], para que o direito seja capaz de fomentar a inclusão e a transformação da realidade social, rompendo as estruturas assimétricas de poder e hegemônicas da dominação masculina.

Quando se reconhece formalmente a igualdade quanto a sexo e/ou gênero, deve-se alcançar o seguinte questionamento: *igualdade de quem em relação a quem?* Afinal, se o padrão a ser alcançado de igualdade é o masculino, negando-se qualquer manifestação culturalmente aproximada ao que se reconhece como "feminino", igualmente nega-se questões essencialmente ligadas às mulheres, quanto a seus aspectos biológicos reprodutivos e força física diminuta[13].

De outro modo, em sendo um procedimento de igualização que reconhece e entende a diferença inata do outro, a própria noção de igualdade resta indeterminada, o que implica em um conceito ainda em construção que deve considerar a humanidade fática, o respeito e a aceitação das diferenças.

Aliás, o movimento feminista ao pleitear igualdade é inegavelmente emancipatório às mulheres, mas também o é para os homens. A dominação masculina e o patriarcado como manifestação engessada de comportamentos impostos (*v.g.*, "homem não chora", "homem não faz serviço doméstico", "homem não brocha" etc.) também são cruéis aos homens que não se sentem confortáveis

12. O conceito de vulnerabilidade, para fins de aplicação da Lei Maria da Penha, resulta da conjugação dos arts. 2º, 4º, 5º e 7º, e, caracterizada a situação de violência doméstica e familiar, independem da sua verificação no caso concreto. Nesse sentido, é importante o Enunciado 14 do Conselho Permanente de Violência Doméstica e Familiar (COPEVID) do Grupo Nacional de Defesa dos Direitos Humanos (GNDH), vinculado ao Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União: "A Lei Maria da Penha aplica-se a todo e qualquer caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da aferição de sua situação de hipossuficiência ou de vulnerabilidade (artigos 2º e 4º), sendo alternativos os requisitos e condições previstos nos artigos 5º e 7º, não cumulativos".

13. "O reconhecimento da 'dignidade corporal' da mulher entraria então em colisão como princípio fundamental do reconhecimento do mérito individual como um motivo de distinção que tem procedência sobre a riqueza ou o nascimento" (PIERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da diferença. cit*. p. 114).

com tais hábitos e os reproduzem por imposições sociais, ficando sujeitos a estigmas inferiorizantes e que a eles também são promotores de secundarização do sujeito.

Entender a construção estrutural patriarcal é base necessária e imprescindível para a maior conscientização e visualização do papel que o gênero, como construção cultural, sujeitou as pessoas a partir da reprodução do *habitus*[14] dominante. Tal construção patriarcal também serve como método de perpetuação do *status quo* a começar pela divisão socialmente construída entre os sexos, como naturais, evidentes, e adquire, assim, todo um reconhecimento de legitimação.

Por não serem percebidos os mecanismos subjacentes, tais como os que fundamentam a concordância entre as estruturas cognitivas e as sociais, e, por isso, a experiência dóxica do mundo social, os efeitos simbólicos da legitimação (ou de sociodiceia) são imputados a fatores que decorrem da ordem da *representação* mais ou menos consciente e intencional ("ideologia", "discurso" etc.), que constrói o mundo social como depositário de princípios de visão e de divisão sexualizantes[15].

Nesse sentido, o Direito também é utilizado para a reprodução do *habitus* dominante e para a perpetuação do *status quo*.

Para a superação das desigualdades históricas, e o consequente agrupamento das mulheres como grupo de *minoria* a ser protegido especialmente a fim de anular a diferenciação cultural imposta pelos tempos na condição de gênero, é importante afirmar a cultura dos direitos humanos.

O Brasil ratificou os mais importantes tratados internacionais de proteção aos direitos humanos[16], refletindo as reivindicações e os anseios contemporâneos das mulheres, o que permite ultrapassar a ótica sexista e discriminatória,

14. BOURDIEU, Pierre. *A distinção:* crítica social do julgamento. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zoak. 2007, p. 162-211.

15. BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p.17-18

16. A propósito, destacam-se os seguintes documentos: a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; b) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, c) Convenção sobre os Direitos da Criança, d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, f) Convenção Americana de Direitos Humanos, g) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, h) Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, i) Estatuto de Roma, j) Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de

que impede que elas possam exercer com autonomia e dignidade seus direitos fundamentais[17].

No que se refere à violência contra a mulher, em âmbito doméstico e familiar, a vulnerabilidade é ainda maior, pois os agressores são pessoas em quem as mulheres confiam e estão em seu círculo de intimidade.

Conforme pesquisa realizada pela *Human Rights Watch*[18], a cada dez mulheres vítimas de homicídio no Brasil, sete são em relações domésticas. É o mesmo que dizer que 70% das mortes violentas de mulheres no país são causadas por pessoas que as vítimas não apenas conheciam, mas confiavam e os tinham em proximidade inclusive afetiva.

Além disso, de acordo com pesquisa realizada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, 66,3% dos acusados de homicídios contra mulheres são seus parceiros.

Dessa maneira, os dados estatísticos mostram índices altíssimos de violência contra as mulheres praticada no ambiente doméstico.

A violência doméstica atinge variadas classes sociais e culturas, não sendo, portanto, "exclusividade" das pessoas menos favorecidas ou mesmo de países emergentes. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), a violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres na faixa dos 15-44 anos, globalmente[19].

Vale ressaltar que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) – adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 06 de junho de 1994, e ratificada pelo Brasil, em 27 de novembro de 1995, – é o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer a violência contra as mulheres como um fenômeno generalizado, que alcança sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres. A Convenção afirma que a violência contra a mulher constitui grave violação aos direitos humanos e limita, total ou parcialmente, o exercício dos demais direitos fundamentais. Acrescenta que a violência contra a mulher

---

todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, e a estes avanços normativos, reconheceu-se a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1998.

17. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 383.
18. America's Watch, *Criminal injustice:* violence against women in Brazil (1992).
19. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. *cit*. p. 386.

constitui ofensa à dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens[20].

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher define, no art. 1º, violência contra a mulher como "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada". Perceba-se que a Convenção de Belém do Pará cuida de conceituar violência contra a mulher em sentido amplo, para melhor proteger as mulheres em situação de vulnerabilidade.

Porém, antes da Convenção de Belém do Pará, o art. 4º-1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1 de fevereiro de 1984 – prevê que:

> A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

No contexto de afirmação dos direitos das mulheres como direitos humanos fundamentais, é válido insistir que a proteção de gênero a partir da esfera privada justifica-se uma vez que esses direitos são princípios que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma *eficácia expansiva* que inclui todos os âmbitos jurídicos. Podem ser analisados na dimensão vertical (Estado-cidadão), mas também na horizontal (isto é, na esfera jurídica privada, entre pessoas e entidades não estatais, as quais se encontram em posição de igualdade formal), toda vez que houver *desequilíbrio de poderes* entre os particulares. Afinal, os direitos humanos fundamentais não têm como *inimigo* exclusivo o Estado, na medida em que a violação a tais direitos pode advir também, e às vezes como maior gravidade, dos poderes privados e dos outros particulares[21].

20. *Idem*.

21. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. p. 32-33.

O art. 6º da Lei Maria da Penha declara que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos. Os direitos à vida, à saúde e à integridade física das mulheres são violados quando um membro da família tira vantagem de sua força física ou posição de autoridade para causar maus-tratos físicos, sexuais, morais e psicológicos[22]. Enquanto a violência doméstica não for considerada, não haverá democracia efetiva nem igualdade real. Logo, afirmar a legitimidade das medidas protetivas, contempladas na Lei 11.340/2016, é fomentar mudanças de paradigma cultural em prol da diminuição das diferenças de gênero desde a sua gênese, isto é, o ambiente doméstico e familiar.

4. Lei Maria da Penha como instrumento de ação afirmativa

O caso de Maria da Penha Maia Fernandes é significativo, pois foi a primeira vez que um caso de violência doméstica e familiar levou um país à condenação, por negligência e omissão, no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos[23].

Também marcou o reconhecimento da tese histórica – sustentada pelo movimento e pela criminologia feminista – de que, ao contrário do que se sugeria, as violências sentidas pelas mulheres são sofridas majoritariamente em âmbito doméstico, por pessoas que possuem com a vítima proximidade e intimidade.

Aliás, conforme dados divulgados pelo Balanço dos atendimentos realizados em 2015 pela Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República –, 74% dos relatos de violência registrados é diária ou semanal, sendo que em 72% dos casos as agressões foram cometidas por homens com quem as vítimas mantêm ou mantiveram uma relação afetiva. Em quase metade dos registros (49,54%), o tempo de relacionamento entre a ofendida e o agressor é de mais de cinco anos.

A verificação de que as agressões praticadas contra a mulher se dá, majoritariamente, no âmbito privado traz importantes conclusões como a de que o ambiente familiar não é tão seguro nem favorável à proteção das mulheres como deveria ser.

22. Cfr. Item 12 da Exposição de Motivos do Projeto de Lei sobre violência doméstica ou familiar contra a mulher.

23. Caso 12.051/Organização dos Estados Americanos. *Link* para *download* da decisão em: [www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf]. Acesso em: 27.07.2016.

Conforme Pierre Bourdieu, se a unidade doméstica é um dos lugares em que a dominação masculina se manifesta de maneira mais indiscutível (e não só por meio do recurso à violência física), o princípio de perpetuação das relações de força materiais e simbólicas que aí se exercem se coloca essencialmente fora dessa unidade, em instâncias como a Igreja, a Escola ou o Estado e em suas ações propriamente políticas, declaradas ou escondidas, oficiais ou oficiosas[24].

Com efeito, a constatação de que os ambientes privado e público se refletem e se perpetuam em instâncias de dominação masculinas permite concluir que a desigualdade entre os gêneros não se traduz apenas no desequilíbrio da representação política entre homens e mulheres, mas também na falta de igualdade na seara privada.

Com isso, não basta a promoção da isonomia nos espaços públicos e políticos. Essa luta por igualdade é necessária, mas não é a única para reduzir a vulnerabilidade e aumentar os direitos das mulheres.

É certo também que a isonomia jurídica varia conforme as camadas sociais. Não se pode criar um *universalismo fictício*, pois os anseios das mulheres pertencentes, sobretudo, a "classe média branca acadêmica" são distintos da realidade de grande parte das mulheres negras periféricas, que sofrem com a incidência de fatores socioculturais agravantes de suas condições. Tanto é que o Mapa da Violência 2015 mostra que o número de mortes violentas de mulheres negras aumentou 54% em dez anos, passando de 1.864 casos registrados, em 2003, para 2.875, em 2013, enquanto que a quantidade anual de feminicídios de mulheres brancas caiu em 9,8%, isto é, de 1.747, em 2003, para 1.576, em 2013. Levar em consideração os diferentes contextos sociais é relevante para diminuir a perpetuação de desigualdades entre os gêneros e a dominação masculina, observando-se que as questões de gênero, de raça e de classe se retroalimentam como subprodutos de cada uma das esferas.

A concretização do princípio da igualdade substancial depende de ações políticas, aplicadas ou reguladas pelo Estado, capazes de corrigir as desigualdades mediante a fixação de políticas públicas que estabeleçam *discriminações positivas*. É, por isso, que a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser concretizado no princípio da igualdade jurídica[25].

24. BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 138.

25. GARCIA, Emerson. Proteção e inserção da mulher no Estado de Direito: A Lei Maria da Penha. *De Jure – Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, v. 12, jan./jun. 2009, p. 106-107.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha é um importante instrumento de ação afirmativa, já que possui o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas para assegurar igualdade de tratamento e compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização históricas, decorrente de motivos de gênero.

Isso porque a Lei 11.340/2016 reconhece as violências de gênero a partir do ambiente doméstico, estabelecendo critérios de fomento de igualdade material com base nesse ambiente, com reflexos na esfera pública. Afinal, no Brasil, a violência doméstica praticada contra a mulher resulta de uma sociedade desenvolvida historicamente sobre alicerces patriarcais que legam uma situação de inferioridade fática ainda presente em diversas regiões do país[26].

Tal contexto justifica a adoção de ações afirmativas, de caráter temporário (inclusive para não se instaurar uma *discriminação inversa*; ou seja, da minoria contra a maioria, o que também seria a negação do princípio da igualdade jurídica)[27], voltadas à alteração dos padrões histórico-culturais desiguais e desfavoráveis às mulheres, ainda presentes na sociedade brasileira.

5. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha, contudo, sofreu críticas ao buscar criar ações afirmativas para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

É certo que nem sempre leis sobre igualdade de tratamento produzem, por si só, tratamentos igualitários faticamente, sendo que muitas delas geram uma falsa sensação de isonomia.

A sociedade, apesar das leis protetivas, pode continuar reproduzindo situações de desigualdades, o que permite conduzir à manutenção da hierarquização social quanto às minorias na questão de gênero. Isso reforça a hegemonia cultural dos homens que, por ocuparem majoritariamente posições (econômicas, políticas e sociais) superiores, integram o grupo dominante. Tal situação não pode ser justificada como uma ordem natural das coisas a fim de que as leis protetivas possam transformar a realidade social.

A Lei Maria da Penha procurou promover a igualdade constitucional em relação a gêneros para desfazer a visão idealista entre a realidade dos fatos e a lei.

26. ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista trimestral de direito público*, v. 15, 1996, p. 90.

27. GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 77-78.

A lei não pode presumir uma igualdade sem existência real, criando consequências imprevistas e involuntárias quanto à situação das mulheres. Analisar o direito, na perspectiva feminista, é importante para se diagnosticar as áreas e os problemas a serem enfrentados, para suprimir os vazios jurídicos e buscar dar efetividade aos direitos humanos fundamentais das mulheres.

Enfrentar questões como a da assistência em âmbito da vida privada e quanto ao trabalho serve para modificar a relação entre a família e o Estado, e contribuir para alterar a distinção entre privado e público[28].

A Lei Maria da Penha é um exemplo de discriminação legislativa positiva, pois passa a considerar oficialmente que há efetivamente uma hierarquização e naturalização da condição de hegemonia e superioridade masculina tanto nas esferas públicas de atuação (desde relações laborais a postos políticos) quanto na esfera privada (o ambiente doméstico). Consequentemente, é dever do Estado reconhecer tal diferença e promover ações e políticas públicas de equiparação real de condições de igualdade, ainda que, para tanto, utilize-se de formatação legal não tradicional, para, por meio de um método híbrido, proteger com regras de direito de família, penal e processual a esfera doméstica e familiar da mulher.

A própria Constituição da República prevê discriminações em favor das mulheres (em questões previdenciárias e trabalhistas, por exemplo: arts. 7º, inc. XX, 40, inc. III, e 201, § 7º, CR). Assim, o constituinte incorporou na Lei Fundamental temas relacionados à diferença de gênero para melhor proteger as minorias. Com isso produziu inovações paradigmáticas ao retirar o Direito de seu *locus* tradicional de mantenedor e reprodutor de relações de poder, para instrumentalizá-lo como efetivo moto-operante das mudanças sociais.

A Lei Maria da Penha não consolida uma visão punitivista da administração da justiça[29] próxima de movimentos político-criminais maximalistas (a chamada "esquerda punitiva"), porque o rol de medidas de proteção e coibição está em sintonia com o ordenamento jurídico. A utilização de medidas protetivas de urgência capazes de privação da liberdade do ofensor respeitam as garantias previstas pelo Código de Processo Penal referentes às medidas acautelatórias (art. 319 do CPP, e arts. 312 e 313 CPP), o que demonstra que existe gradação

28. DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres:* uma introdução à teoria do direito feminista. *Cit*. p. 7-9.

29. BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha:* Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 118-119.

na aplicação de tais medidas, sendo reservadas respostas mais graves para os casos mais graves.

Importante salientar que a Lei 11.340/2006 não estabelece novos tipos penais, mas apenas procedimentos diferenciados para as condutas de violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo que tenha criado, no art. 43, agravante de pena no art. 61, inc. II, letra *f*, do Código Penal ("com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma de lei específica").

Portanto, os atos de violência contra as mulheres, em sua maioria, podem ser traduzidos no que o direito penal e a criminologia caracterizam como *criminalidade tradicional*, ou seja, tais condutas implicam danos concretos, praticados por e contra "pessoas de carne e osso", em que são afetados bens jurídicos tangíveis, palpáveis, como vida, integridade física e liberdade sexual. Logo, diferentemente do que é projetado atualmente como política criminal punitivista, a Lei Maria da Penha não inova ao não ampliar as hipóteses de criminalização[30]. Desse modo, a mera especificação da violência de gênero para hipóteses de condutas criminalizadas já existentes não produz o aumento da repressão penal, sendo compatível, inclusive, com pautas político-criminais minimalistas[31].

Afastado o rótulo punitivista da Lei Maria da Penha, é preciso reforçar a sua condição de instrumento de ação afirmativa ao reconhecer a hipossuficiência de gênero em relações domésticas e familiares como reflexo cultural de uma sociedade historicamente androcêntrica, opressora, discriminatória e inferiorizante em relação às mulheres, com implicações tanto na esfera privada quanto na pública de convívio. Desse modo, a desigualdade de gênero entre homem e mulher não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza, mas advém de uma construção sociocultural, que passa a considerar natural

30. Conforme Marilia Montenegro, o "Direito Penal ignora por completo a violência estrutural e os seus condicionamentos, pois o seu discurso é simplesmente punitivo, procurando apenas atribuir culpa a alguém (…). Termina, portanto, estigmatizando os sujeitos envolvidos, oferecendo falsas soluções e, não satisfazendo a vítima, que, muitas vezes, pode deixar a Justiça com o rótulo de que ´gosta de apanhar´. (…) não será através do Direito Penal que a mulher encontrará a proteção e a igualdade, pois a mudança de comportamento e de mentalidade vem através da educação e de ações preventivas" (*Lei Maria da Penha:* uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 197-198).

31. Cfr. Item 16 da Exposição de Motivos do Projeto de Lei sobre violência doméstica ou familiar contra a mulher.

uma desigualdade socialmente construída, que admite atos de discriminação e violência contra mulheres e transforma o ambiente privado em espaços de complacência e impunidade[32]. Tal compreensão ajuda combater certos mitos como o de que "em briga de marido e mulher ninguém mete a colher", que acaba por reproduzir estereótipos de gênero que, ao enaltecer a "harmonia familiar", torna menos visível a violência contra a mulher[33]. Nesse contexto social, a Lei 11.340/2006 prevê um conjunto de medidas compensatórias, que, mediante discriminações positivas, podem provocar equiparações equitativas entre os seres humanos.

Assim, a Lei Maria da Penha prevê, por exemplo, à aplicação concomitante de medidas de urgência protetivas (o que resolve a necessidade imediata da mulher em situação de violência; arts. 18 a 24), a implementação de políticas públicas para garantia dos direitos humanos das mulheres (art. 3º, §§ 1º e 2º), além de uma orientação interpretativa aos intérpretes da lei que deve considerar os fins sociais e, especificamente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar (art. 4º).

As críticas contra a Lei Maria da Penha não resistem a um exame mais profundo da própria lei e da consideração do Direito como efetivo meio de transformação social, como utopia democratizante de conquistas de inclusão social de minorias historicamente alijadas do processo político[34].

Por votação unânime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, na ADC 19, a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)[35]. Vale destacar o voto do Ministro Ayres Britto, ao dizer que

32. MORATO, Alessandra Campos; SANTOS, Claudiene; RAMOS, Maria Eveline Cascardo; LIMA, Suzana Canaez da Cruz. *Análise da relação sistema de justiça criminal e violência doméstica contra a mulher.* Brasília: ESMPU, 2009. p. 92.

33. MORATO, Alessandra Campos; SANTOS, Claudiene; RAMOS, Maria Eveline Cascardo; LIMA, Suzana Canaez da Cruz. *Análise da relação sistema de justiça criminal e violência doméstica contra a mulher.* Brasília: ESMPU, 2009. p. 92.

34. Quanto à mudança de paradigma ao constituir a democracia como direito fundamental, e perceber o Estado como novíssimo movimento social apto a efetivar a inclusão de minorias por meio do direito e de participação popular radical, conferir: ALVES, Fernando de Brito. *Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática.* Dissertação de mestrado (ciências jurídicas). Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009.*Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.

35. ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014.

a lei está em consonância plena com a Constituição Federal (art. 226, § 8º), podendo ser enquadrada no que denominou de "constitucionalismo fraterno" ao prever proteção especial à mulher: "A Lei Maria da Penha é mecanismo de concreção da tutela especial conferida pela Constituição à mulher. E deve ser interpretada generosamente para robustecer os comandos constitucionais".

A Constituição de 1988, ao definir o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito, orienta a produção de uma ordem jurídica justa, estabelecendo já no seu Prefácio que os constituintes se reuniram para:

> (...) instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, na ordem interna e internacional (...).

Logo, a igualdade é um ideal a ser alcançado, pois a sociedade brasileira somente será considerada justa se os cidadãos forem considerados iguais, o que exige não apenas a correta aplicação do direito, mas também a adoção de critérios justos na construção normativa e institucional[36].

Nesse sentido, não há dúvidas que a Lei 11.340/2006 é constitucional, ao assegurar às mulheres em condição de vulnerabilidade um sistema protetivo que, por meio da tutela diferenciada, pode contribuir para viabilizar ações positivas que favoreçam as minorias e reduzam as desigualdades existentes[37].

6. TUTELA DIFERENCIADA NA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha preocupou-se em tutelar adequadamente a violência doméstica e familiar contra as mulheres, prevendo medidas de inserção, de prevenção, de proteção e de coibição[38]. Aliás, o art. 1º da Lei 11.340/2006 explica que tal legislação cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da

36. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, v. 3, dez. 2015, p. 25-26.

37. CORRÊA, Rúbian Coutinho (org.). *O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher:* uma construção coletiva. Contribuições dos Ministérios Públicos Estaduais e da União para o entendimento da Lei n. 11.340/2006 – Maria da Penha. Brasília: Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, 2011. p. 14-18.

38. GARCIA, Emerson. Proteção e inserção da mulher no Estado de Direito: A Lei Maria da Penha. *Cit*. p. 103.

Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Destaca-se, de início, a *preocupação terminológica*, pois a Lei Maria da Penha não rotula a mulher que está em situação de violência doméstica como vítima, até mesmo para não revitimizá-la. Refere-se, pois, às "mulheres em situação de violência doméstica" (art. 1º e art. 4º da Lei 11.340/20016).

Trata-se de relevante recurso linguístico, preocupado em retirar o estigma contido na categoria "vítima". Com isso, superam-se as classificações do direito penal clássico, posto que a expressão escolhida ("mulheres em situação de violência doméstica") indica a recuperação da condição de sujeito de direitos da mulher, como circunstância provisória e não definidora de si, em condição transitória e a superar a situação de violência vivida. A expressão "vítima" reduzia ou mesmo anularia a autonomia dessas mulheres[39].

Ademais, a Lei Maria da Penha cuida da violência doméstica como *violência de gênero, não de sexo* (art. 5º). Tal diferenciação quanto aos termos também é relevante, sobretudo, quanto ao processo interpretativo a fim de buscar atingir os fins sociais a que a Lei 11.340/2016 visa cumprir, em especial as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar (art. 4º).

O conceito de sexo decorre de uma determinação biológica (sexo feminino e sexo masculino em referência aos órgãos reprodutivos), enquanto a categoria *gênero* resulta de uma construção cultural. O argumento cultural de gênero é relacional, conjugando a dominação do masculino e a submissão do feminino. Essa assimetria de poder implica a fórmula de prepotência do masculino somada à subalternidade do feminino.

Nessa perspectiva, a Lei 11.340/2016 procura influir na ordem simbólica para redefinir as relações de poder. Por isso, prevê-se mecanismos especiais de proteção, como a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência Cível e Criminal (arts. 1º, 14-15, 29, 33 e 34), além de atendimento policial especializado para as mulheres nas Delegacias das Mulheres (arts. 8º, inc. IV, e 35, inc. III).

39. CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. *Cit*. p. 146.

A Lei Maria da Penha, contudo, não protege apenas a mulher agredida por um homem, aplicando-se também à companheira em relações homoafetivas. Tanto é que o art. 5º afirma que "as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual". Logo, a Lei 11.340/2016 trata da violência doméstica enquanto *gênero*, expressando seu viés protetivo pelo aspecto cultural de relação de dominação a partir da consideração inferiorizante do feminino, não com fundamento no sexo. Isso permite a incidência da Lei Maria da Penha a qualquer mulher, sem distinção de orientação sexual, vindo a alcançar também lésbicas, travestis, transexuais e/ou transgêneros, independentemente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil, que mantém relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio[40].

Dessa forma, a Lei Maria da Penha deve ser aplicada a casais homoafetivos, quando o âmago do conflito de violência é reflexo da dominação irregular e desigual baseada em subjugamento, submissão, dominação e assimetria de poder. Tal conclusão permite o processamento da mulher companheira, por reprodução da mesma lógica de violência de gênero em circunstância que legitima a intervenção protetiva. Porém, a incidência da Lei 11.340/2016 depende da verificação, no caso concreto, da existência de motivação de gênero e da comprovação da relação doméstica, familiar ou de afetividade, ainda que eventuais e/ou efêmeras[41], como fatores determinantes da prática da violência[42].

40. DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.185, 26.09.2006. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/8985]. Acesso em: 01.09.2016. Nesse sentido, conferir, ainda, o Enunciado 30 do Conselho Permanente de Violência Doméstica e Familiar (COPEVID) do Grupo Nacional de Defesa dos Direitos Humanos (GNDH), vinculado ao Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União.

41. A propósito, verificar o Enunciado 21 do Conselho Permanente de Violência Doméstica e Familiar (COPEVID) do Grupo Nacional de Defesa dos Direitos Humanos (GNDH), vinculado ao Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União.

42. "Recurso em sentido estrito. Violência doméstica. União homoafetiva. Possibilidade. Análise do caso concreto. Relação íntima pretérita. Ausência de pertinência. Motivação desvinculada do gênero. Inexistência de condição de hipossuficiência ou vulnerabilidade. Inaplicabilidade da Lei Maria da Penha. Decisão mantida. Recurso desprovido. 1. Os dispositivos da Lei Maria da Penha são também aplicáveis às mulheres que, no uso de sua liberdade sexual, mantêm relacionamentos homoafetivos. É dizer: a lei não desampara a mulher pelo fato de sua relação íntima estabelecer-se com pessoa do mesmo sexo, sendo certo que conclusão diversa seria absolutamente inconstitucional. 2. A Lei Maria da Penha define com clareza o sujeito passivo da

Presentes esses requisitos, a Lei 11.340/2006 se aplica às uniões homossexuais entre mulheres, para, por exemplo, possibilitar o afastamento do lar da agressora (art. 22, inc. II), a restrição de visitas ao filho adotado (em analogia ao art. 22, inc. IV) e a fixação de alimentos (art. 22, inc. V)[43].

A Lei Maria da Penha, também, reconhece a urgência da interferência do Estado, em razão da situação de vulnerabilidade. Assim, a repressão criminal não é suficiente para prevenir um conjunto de atos e manifestações culturais refletidoras de dominação. Por isso, o art. 8º, inc. I, da Lei 11.340/2006 estabelece medidas integradas de prevenção, ao assentar que a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado e multidisciplinar de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais, tendo como uma das diretrizes a *integração operacional* do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

Para que a proteção de mulheres que sofrem violência doméstica e familiar seja mais eficiente, o art. 41 da Lei 11.340/2006 exclui a aplicação da Lei 9.099/95, independentemente da pena prevista aos crimes praticados. Tal exclusão ocorre porque os Juizados Especiais da Lei 9.099/95, apesar de terem sido criados para desafogar a justiça brasileira e evitar a estigmatização

violência doméstica, que será sempre a mulher. Contudo, o sujeito ativo poderá ser tanto o homem quanto a mulher, devendo a análise do caso concreto atentar-se à existência ou não de motivação de gênero e utilização da relação doméstica, familiar ou de afetividade como escopo para a prática da violência, fatores que serão determinantes para concluir-se pela (in)aplicabilidade da referida norma. 3. Não se verifica a permanência de qualquer vínculo íntimo entre a ofendida e a recorrida: o transcurso de significativo lapso temporal entre o término do relacionamento (2008) e a data da suposta ameaça (2013), bem como a prova da existência de sério relacionamento afetivo posterior, obstam eventual presunção de que a violência tenha sido decorrente da relação de afeto mantida, no passado, entre a vítima e a agressora. 4. A motivação da suposta ameaça teria sido um desentendimento entre agressora e ofendida, fundado no receio por parte da agressora de que a vítima estivesse colaborando para que os credores encontrassem o seu endereço, motivo que não guarda qualquer pertinência com a relação homoafetiva mantida e encerrada anos atrás. 5. Não se constata que a vítima estivesse em condição de vulnerabilidade ou hipossuficiência frente à recorrida. 6. Recurso desprovido" (TJ/DF – 2ª Turma Criminal – rel. Silvânio Barbosa dos Santos – j. 03.04.2014 – pub. DJE 09.04.2014, p. 386).

43. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica.* Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 6. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 75.

do sistema penal, não foram pensados a partir das relações de gênero, mas para punir condutas criminosas masculinas, tendo como consequências: i) a banalização da violência doméstica; ii) a ausência de proteção integral das mulheres ofendidas; iii) o arquivamento sistemático de autos ou a absolvição do autor do fato pela conduta omissiva da vítima em responsabilizar o autor da violência (ao não registrar boletins de ocorrência ou, após registrá-lo, renunciando ao direito de representação ou até com a retratação em juízo para inocentar o agressor)[44].

O art. 41 da Lei 11.340/2006 evita, destarte, que delitos como os de ameaça ou de lesões corporais leves, praticados no ambiente doméstico e familiar, sejam processados pelo procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/1995, o que retira a possibilidade deles serem tratados como *infrações de menor potencial ofensivo*. A aplicação da Lei 9.099/95, para a violência doméstica e familiar, acabaria por ignorar as características dessa violência, tal como o grau de comprometimento emocional que as mulheres são submetidas em relação ao comportamento ilícito, reiterado e cotidiano do agressor, a assimetria de forças, o medo, a vergonha, o sentimento de culpa pelo fracasso das relações familiares, a crença na mudança do parceiro, a inversão da culpa, a revitimização da mulher em decorrência do precário atendimento e das posturas inadequadas das autoridades públicas, o medo de reviver o trauma, a violência sexual, o cárcere privado e a escalada da violência (afinal, as mulheres ofendidas, não raro, passam por várias tentativas de separação, agressões e ameaças, idas e vindas a Delegacia de Polícia, sendo que muitas delas, infelizmente, culminam em feminicídio ou suicídio)[45]. Como consequência, a incidência da Lei 9.099/95 tornaria a proposta despenalizante positiva para o autor do fato, mas negativa na perspectiva da ofendida, pois àquele poderia ser beneficiado com a transação penal (art. 76) ou com a suspensão do processo (art. 89). Por tudo isso, a violência doméstica e familiar contra a mulher exige cuidado legislativo diferenciado capaz de promover todos os seus direitos fundamentais inerentes à condição de pessoa humana (art. 2º da Lei 11.340/2006), não

44. CAVALCANTI, Stela Valéria de Farias. *Violência doméstica*. Análise da Lei "Maria da Penha", n. 11.340. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 193-194; FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*. O processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015. p. 124-134.

45. CAVALCANTI, Stela Valéria de Farias. *Violência doméstica*. Análise da Lei "Maria da Penha", n. 11.340. *Cit*. p. 195; FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*. O processo penal no caminho da efetividade. *Cit*. p. 124-134.

podendo ser objeto do mesmo tratamento dispensado às infrações de menor potencial ofensivo da Lei 9.099/1995.

Atento a essa diferenciação, o Supremo Tribunal Federal, na ADC 19, declarou a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, por estar em consonância com o disposto no § 8º do art. 226 da Carta da República, que prevê a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações domésticas e familiares[46]. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 536, com a seguinte redação: "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha". De igual modo, a jurisprudência do STJ caminha para não admitir a aplicação do princípio da insignificância no que se refere aos crimes praticados com violência ou grave ameaça contra mulher, no âmbito das relações domésticas[47].

Em complementação ao art. 41 da Lei 11.340/2006, o art. 17 da Lei Maria da Penha veda, expressamente, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a aplicação de penas de cesta básica ou de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Com efeito, fica prejudicado, no âmbito da violência doméstica contra a mulher, a incidência do art. 44, inc. I, do Código Penal, que permite a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direito, na forma de prestação pecuniária (art. 43, inc. I, CP), a crime sem violência ou grave ameaça, cuja pena não seja superior a quatro anos, ou, qualquer que seja a pena aplica, se o crime for culposo[48].

A Lei 11.340/2006 inova ao prever a concessão pelo Estado-juiz de medidas protetivas de urgência que podem obrigar o agressor (art. 22), beneficiar diretamente a ofendida (art. 23) ou salvaguardar os bens comuns ou próprios da mulher (art. 24). Além dessas medidas provisionais típicas, há a possibilidade da concessão de outras medidas previstas na legislação em vigor (podendo-se deduzir da leitura do *caput* dos arts. 22, 23 e 24 o princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência), inclusive com a possibilidade de aplicação, no que couber, dos arts. 536 e 537, § 1º, do NCPC (art. 22, §§ 1º e 4º da Lei

46. ADC 19, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.02.2012, Acórdão Eletrônico DJe-080 Divulg 28.04.2014 Public 29.04.2014.

47. REsp 1537749/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 30.06.2015, DJe 04.08.2015.

48. STJ, REsp 1593430/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24.05.2016, DJe 13.06.2016.

Maria da Penha), que permitem a concessão de tutela específica dos deveres de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro, a partir da análise pelo juiz da medida mais adequada, necessária e proporcional para alcançar o melhor resultado no caso concreto[49].

Consequentemente, ainda que a ofendida ou o Ministério Público tenham requerido determinada medida protetiva (art. 19, § 3º, da Lei 11.340/2006) poderá o juiz, por força do art. 22, § 4º, da Lei Maria da Penha, que permite a aplicação do art. 536, *caput*, do NCPC determinar a imposição de medida de urgência diversa da pleiteada. O magistrado pode assim agir, mesmo de ofício, quando, em decisão fundamentada, entender que medida protetiva diversa da requerida é mais adequada e eficiente para a proteção do bem jurídico a ser tutelado[50]. Nesta situação, como é o próprio ordenamento jurídico quem autoriza o juiz a implementar a medida mais adequada para tornar efetiva a tutela almejada, não há violação da regra da congruência, que impede o juiz de proferir decisão de natureza diversa da pedida (art. 492 do CPC).

Assim, por exemplo, é possível que o juiz, junto com as medidas protetivas de urgência, busque convencer os envolvidos no litígio a participarem de *processos restaurativos*[51], com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares, conforme o art. 24 da Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, o qual acresceu o § 3º ao art. 3º da Resolução 128/2011 do CNJ, sobre a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça.

As medidas protetivas de urgência também podem ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos previstos na Lei Maria da Penha forem ameaçados ou violados (art. 19, § 3º, da Lei 11.340/2006).

Não obstante o art. 12, inc. III, da Lei 11.340/2006 afirme que cabe a autoridade policial, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, após o registro da ocorrência, sem prejuízo das medidas previstas no Código

49. DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (Violência doméstica e familiar contra a mulher). *Revista de processo*, v. 160, jun. 2008, p. 20.

50. STJ, AgRg no AREsp 239.675/ES, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05.02.2015, DJe 24.02.2015.

51. PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 141.

de Processo Penal, remeter, no prazo de 48 horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência, o alcance de proteção da Lei Maria da Penha não se limita ao âmbito do Direito Penal ou do Processual Penal.

A violência doméstica e familiar também pode repercutir na esfera cível, gerando efeitos como os da definição da obrigação de perdas e danos ou do pagamento de alimentos, da separação do casal, do dever de guarda dos filhos e da proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou de propriedade particular da mulher. Tanto é que as medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incs. II (afastamento do lar, domicílio ou local de convivência da ofendida), IV (restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar) e V (prestação de alimentos provisionais ou provisórios), 23, incs. III (afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos) e IV (separação de corpos) e 24 (restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; e prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida) possuem natureza cível.

Aliás, diversas medidas protetivas previstas nos arts. 22, 23 e 24 da Lei 11.340/2006 foram retiradas do Código de Processo Civil de 1973, como o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal (art. 888, inc. VI, CPC/73, reproduzido no art. 22, inc. II, da Lei Maria da Penha) ou a concessão de alimentos provisionais (art. 852 do CPC/73, contida no art. 22, inc. V, da Lei Maria da Penha). O Novo Código de Processo Civil não prevê, exaustivamente, a regulamentação de medidas cautelares, limitando-se a consagrar no art. 301 o direito geral à tutela de urgência de natureza cautelar.

O princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência, adotado no *caput* dos arts. 22, 23 e 24 da Lei 11.340/2006, aliada a expressa remissão ao Código de Processo Civil, no art. 22, § 4º, permitem a conjugação dos sistemas processuais a possibilitar que os avanços trazidos pelo NCPC também beneficiem às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Assim, não apenas as tutelas de urgência de natureza cautelar (art. 301 do NCPC), mas também as técnicas inerentes às tutelas antecipada, de evidência, inibitória e da remoção do ilícito podem servir para assegurar às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação,

à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar (art. 3º, *caput*, da Lei 11.340/2006). Afinal, o fim social da Lei Maria da Penha é tutelar, de forma adequada e eficiente, os direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar (art. 4º), o que não dispensa a utilização das técnicas processuais mais eficientes para a sua integral proteção jurídica. Além disso, o art. 13 da Lei 11.340/2006 não deixa dúvida que aos processos de natureza civil decorrentes de violência doméstica ou familiar contra a mulher devem ser aplicadas as normas do Código de Processo Civil que não conflitarem com o estabelecido na Lei Maria da Penha. A interpretação sistemática dos arts. 4º e 13 da Lei 11.340/2006 permitem a construção do princípio da máxima efetividade processual para a tutela das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Nesse contexto, é importante, por exemplo, a aplicação do art. 497, parágrafo único, do NCPC, que consagra importante técnica processual preventiva, estabelecendo que, para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a ocorrência de dano ou a existência de culpa ou dolo[52]. Com isso, o NCPC promove técnicas processuais diferenciadas para a superação do princípio da igualdade formal, baseado na exclusividade da tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, e, com isso, confere tratamento diferenciado a diferentes necessidades e espécies de bens jurídicos, inclusive para a proteção de posições sociais mais vulneráveis, em especial envolvendo a tutela dos direitos das minorias. O art. 497, parágrafo único, do NCPC possibilita a concessão tanto da tutela inibitória, que pode ser voltada contra a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito, quanto da tutela de remoção do ilícito, direcionada à remoção dos efeitos concretos da conduta ilícita. Assim, qualquer ato contrário ao direito, independente da produção de danos, pode ser objeto de tutela jurisdicional (*v.g.*, o Estado-Juiz pode impor ao agressor deveres de fazer, não fazer ou entregar coisa para proteger especificamente o resultado pretendido pela ofendida). Por exemplo, o magistrado pode determinar o encaminhamento do agressor a programas de reabilitação para dependentes químicos ou para orientação psicológica.

52. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito: uma análise do artigo 497, parágrafo único do CPC/2015. *In*: CAMBI, Eduardo; MARGRAF; Alencar Frederico (coord.). *Direito e justiça.* Estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016. p. 681.

A propósito, deve ser ressaltado os Enunciados 9, 19 e 20 do Conselho Permanente de Violência Doméstica e Familiar (COPEVID) do Grupo Nacional de Defesa dos Direitos Humanos (GNDH), vinculado ao Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União: "Em sede de medidas de proteção é possível o encaminhamento e a inclusão do agressor usuário dependente de drogas lícitas ou ilícitas em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento"; "Os programas de reeducação do agressor, a exemplo dos grupos reflexivos e centros de educação e reabilitação, fazem parte das políticas integradas de proteção às mulheres"; "Dentre outras medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor previstas no artigo 22 da Lei Maria da Penha, é possível a determinação de comparecimento obrigatório a programas de reeducação ou grupos reflexivos". Também nesse sentido é o disposto no art. 16.1 da Convenção da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Doméstica (Convenção de Istambul), de 2011.

Os arts. 14 e 15 da Lei 11.340/2006 definem que os Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher para processamento e julgamento das causas cíveis e criminais decorrentes de prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. A amplitude da competência conferida pela Lei 11.340/2006 à Vara Especializada teve como objetivo facilitar o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, com o intuito de conferir-lhe real proteção, ao permitir que um único magistrado tenha conhecimento das diversas ações cíveis e criminais advindas direta ou indiretamente dos mesmos fatos[53]. Todavia, enquanto não forem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais devem acumular as competências cíveis e criminais para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 33, *caput*, da Lei 11.340/2006).

São competentes, por opção da ofendida, para os processos civis, o Juizado de seu domicílio ou de sua residência, do lugar do fato em que se baseou a demanda ou do domicílio do agressor. São hipóteses de competência territorial e, portanto, relativa, isto é, disponível, podendo a demandante escolher o foro que melhor contemple seu interesse de acesso à justiça.

A mulher ofendida possui capacidade postulatória para requerer as medidas protetivas de urgência, não sendo necessário que o pedido seja formulado por advogado, defensor público ou pelo Ministério Público (art. 27 da Lei Maria da

53. STJ, REsp 1496030/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 06.10.2015, DJe 19.10.2015.

Penha)[54]. Entretanto, após a análise da concessão da liminar, o magistrado deve encaminhar a ofendida ao órgão de assistência judiciária para determinar a integração da capacidade postulatória da autora (art. 18, inc. II, da Lei 11.340/2006).

As medidas protetivas de urgência – não obstante o disposto no art. 12, inc. III, da Lei 11.340/2006 – não dependem de boletim de ocorrência ou de representação criminal, podendo ser deferidas paralelamente à abertura de inquérito policial ou do ajuizamento de ação penal. Com isso, também se respeita a autonomia da mulher em situação de violência, porque, ainda que nesses casos ela esteja vulnerável e possa precisar de proteção especial do Estado, não se pode constranger que a mulher, que não deseja registrar boletim de ocorrência ou representar criminalmente o agressor (seja porque possui com ele relação de dependência emocional/financeira ou por temor de que ele seja condenado criminalmente) a fazê-lo como condição para a obtenção da tutela protetiva de urgência[55]. Afinal, a determinação judicial de afastamento do agressor do domicílio pode, por si só, conferir à mulher em situação de violência a sensação de segurança e proteção necessárias à manutenção de sua integridade física e psíquica e de seus familiares.

Em contrapartida, quando a medida protetiva de urgência possui caráter penal (como a suspensão da posse ou restrição do porte de armas ou a proibição de determinadas condutas, entre as quais a aproximação ou o contato com a ofendida, de seus familiares e as testemunhas ou a frequentação de determinados lugares a preservar a integridade física e psicológica da ofendida; art. 22, incs. I e III[56], da Lei 11.304/2006), deve ser aplicado o procedimento previsto no Código de Processo Penal[57].

---

54. DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (Violência doméstica e familiar contra a mulher). *Cit*. p. 18.

55. MONTE, Nalida Coelho. As medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 não exigem, para sua concessão e manutenção, a existência de boletim de ocorrência, representação criminal ou procedimento criminal. Disponível em: [www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=65891&idModulo=9706#_ftn7]. Acesso em: 30.08.2016.

56. Tal medida protetiva guarda semelhança com a medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inc. III, do Código de Processo Penal, *in verbis*: "proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante".

57. STJ, AgInt no AREsp 608.061/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17.05.2016, DJe 09.06.2016.

Para a concessão da medida protetiva de urgência, a palavra da ofendida serve como indício de autoria da prática da violência doméstica e familiar, porquanto tais atos são praticados, não raro, no âmbito da convivência íntima. Além disso, relatos de reiteradas agressões e ameaças anteriores podem evidenciar risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida a justificar a imposição das medidas protetivas de urgência[58].

O princípio da atipicidade das escolhas das medidas protetivas de urgência se estende para os meios executivos apropriados para a imposição da tutela mais adequada, necessária e proporcional. Isso porque os arts. 536 e 537, § 1º, do NCPC, que correspondem às regras contidas no art. 461, §§ 5º e 6º do CPC/73, aliado ao art. 139, inc. IV, do NCPC, estabelecem uma *cláusula geral executiva como resposta ao direito ao meio executivo adequado*, na qual está previsto um elenco exemplificativo de medidas executivas a serem adotadas pelo juiz que, após a análise do caso concreto, pode escolher a providência que melhor efetiva a medida protetiva de urgência necessária à proteção da situação de violência doméstica e familiar[59]. Logo, havendo o descumprimento dessas medidas, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas necessárias para a satisfação da ofendida, podendo, dentre outras medidas, ordenar a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas ou de coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, pedindo, se necessário, auxílio de força policial (art. 536, § 1º, NCPC)[60]. A medida de coerção pode ser *direta* (*v.g.*, a busca e apreensão de arma em posse do agressor) ou *indireta* (*v.g.*, a imposição de multa diária, em valor suficiente para que sirva de estímulo para o cumprimento da ordem judicial, para o caso de não afastamento do lar ou a frequentação de programa de reabilitação para dependentes químicos como condição para o exercício do direito de visita aos dependentes menores).

Entretanto, o não cumprimento da ordem judicial, apesar da orientação jurisprudencial ainda não pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, deve

58. STJ, HC 352.167/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 09.08.2016, DJe 19.08.2016; HC 350.295/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19.04.2016, DJe 03.05.2016.

59. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de processo*, v. 125, set. 2005, p. 54-74; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (Violência doméstica e familiar contra a mulher). *Cit*. p. 22.

60. STJ, HC 298.499/AL, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01.12.2015, DJe 09.12.2015.

ensejar a prisão em flagrante do ofensor pelo crime de desobediência (art. 330 do Código Penal) ou de desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (art. 359 do Código Penal)[61]. A propósito, prevê o Enunciado 07 do Conselho Permanente de Violência Doméstica e Familiar (COPEVID) do Grupo Nacional de Defesa dos Direitos Humanos (GNDH), vinculado ao Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União:

> O descumprimento das medidas protetivas de urgência configura, em tese, crime de desobediência, cuja competência para processar e julgar é dos Juizados Especiais de Violência Doméstica, em razão da conexão e pelo fato de a mulher ser sujeito passivo secundário do delito, sofrendo diretamente as consequências do descumprimento.

E, se a situação também envolver crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, na hipótese de existir inquérito policial ou ação penal em andamento, será possível a decretação de prisão preventiva, com fundamento no art. 313, inc. III, do Código de Processo Penal (introduzido pelo art. 42 da Lei Maria da Penha e posteriormente ratificado pela Lei 12.403/2011), se presentes os requisitos do art. 312 do CPP (a fim de se superar a presunção de não culpabilidade do art. 5º, inc. LVII, da CF)[62]. Por outro lado, não presentes os requisitos do art. 312 do CPP, é possível deferir *habeas corpus* para determinar a soltura do suposto agressor, sem prejuízo de serem mantidas as medidas protetivas de urgência diversas da prisão determinadas pelo juiz[63].

---

61. STJ, AgRg no REsp 1528271/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13.10.2015, DJe 21.10.2015. Em sentido contrário: STJ, HC 314.669/RS, Rel. Ministro Ericson Maranho (desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18.02.2016, DJe 01.03.2016; AgRg no HC 292.158/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 05.11.2015, DJe 23.11.2015. Este posicionamento deve ser objeto de crítica, pois o próprio Código Penal tipifica a desobediência da ordem judicial como crime, sendo possível a utilização de meios penais para assegurar o cumprimento de medidas civis. Caso contrário, não faria sentido a regra do art. 313, inc. III, do Código de Processo Penal que permite a decretação da prisão preventiva justamente para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.
62. STF, HC 101309, Relator(a): Min. Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 24.03.2010, DJe-081 Divulg 06-05-2010 Public 07-05-2010 Ement Vol-02400-03 PP-00600.
63. STJ, RHC 68.567/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02.06.2016, DJe 16.06.2016.

As medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou acautelamento de violência doméstica contra a mulher[64]. Desse modo, podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 19, § 1º, da Lei 11.340/2006). Observados os seus requisitos específicos, também não dependem da existência, real ou potencial, de inquérito policial, processo criminal ou ação principal contra o suposto agressor.

Com isso, as medidas protetivas de urgência podem ter *caráter satisfativo*, posto que visam a proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, podendo estar voltadas a cessar a prática, a repetição ou a continuação do ilícito ou, ainda, para remover os efeitos concretos da conduta ilícita, sem servirem como garantia necessária da eficácia prática da tutela principal, isto é, para a preparação de qualquer ação judicial[65]. Aliás, seria contrário ao sentido protetivo da Lei Maria da Penha se, por exemplo, após o afastamento do agressor do domicílio, em razão das agressões praticadas, tivesse o direito de retornar ao lar, em razão da ação principal não ter sido ajuizada após 30 (trinta) dias da efetivação da medida[66]. Portanto, as medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/2006 – a exemplo das medidas cautelares no âmbito do direito de família, como os alimentos provisionais[67]e a separação de corpos, que não perdem sua eficácia se a ação não for ajuizada no prazo legal (e, por isso, não se submetem ao art. 308 do NCPC, correspondente ao art. 806 do CPC/1973)[68] – podem ter natureza satisfativa, isto é, sem prazo de eficácia, podendo perdurar indefinidamente, enquanto persistir a situação de risco[69].

64. STJ, REsp 1419421/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11.02.2014, DJe 07.04.2014.

65. DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 141.

66. BECHARA, Júlia Maria Seixas. *Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência*. Disponível em: [www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/689]. Acesso em: 30.08.2016.

67. Os alimentos provisionais são satisfativos e definitivos, embora sejam provisórios. Isso significa que, uma vez prestados, são irrepetíveis, embora a decisão judicial que os concedeu seja provisória, podendo ser revista ou reformada, o que gerará a cessação para o futuro dos alimentos concedidos. Cfr. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2. p. 71-72. Portanto, os efeitos gerados pela concessão da medida protetiva de urgência podem ser satisfativos e definitivos, embora o julgamento seja provisório.

68. STJ, RHC 33.395/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 04.10.2012, DJe 05.10.2012; REsp 436.763/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 27.11.2007, DJ 06.12.2007, p. 312.

69. DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça. Cit*. p. 141.

Além disso, deve ser aplicada às medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha a técnica processual da *estabilização da tutela antecipada* prevista no art. 304 do Novo Código de Processo Civil. Isso porque as medidas protetivas de urgência podem ser concedidas liminarmente, não dependendo da audiência das partes e da manifestação prévia do Ministério Público (art. 19, § 1º, da Lei 11.340/2006).

O objetivo da técnica adotada no art. 304 do NCPC é sumarizar, a um só tempo, a cognição e o procedimento, tornando eventual e facultativo o exercício da cognição exauriente para resolver os conflitos de interesses por meio da intervenção do Estado-Juiz. Para isso, deve-se tratar de hipótese de concessão de tutela antecipada *inaudita altera parte*, requerida expressamente pela mulher em situação de violência doméstica e familiar (art. 303, § 5º, NCPC), em caráter antecedente e autônomo, e o réu (agressor) não tenha contra ela se insurgido[70].

Desse modo, se a medida protetiva de urgência for em caráter antecedente, concedida pelo juiz *inaudita altera parte* e a parte contrária, citada e intimada para a audiência de conciliação ou mediação na forma do art. 334 do NCPC (art. 303, § 1º, inc. II, NCPC) não interpuser agravo de instrumento (art. 1.015, inc. I, NCPC), a tutela jurisdicional antecipada mantém sua eficácia por tempo indeterminado e, portanto, se estabiliza, com a consequência da extinção do processo (art. 304, § 1º, NCPC). Por exemplo, concedida a medida protetiva de urgência de prestação de alimentos provisórios (art. 22, inc. V, da Lei 11.340/2006), em caráter antecedente, a inércia do réu (agressor) em não impugnar o provimento antecipatório, faz com que a ordem de pagamento permaneça em vigor por tempo indeterminado, independentemente da declaração definitiva da existência do direito de alimentos[71]. Diante da estabilização da medida de urgência, inverte-se o ônus da instauração de um processo de cognição exauriente, a exigir, por parte do réu, a propositura de ação para obter o reconhecimento da inexistência do dever de pagar alimentos.

Nesse sentido, vale destacar o Enunciado 32 do Conselho Permanente de Violência Doméstica e Familiar (COPEVID) do Grupo Nacional de Defesa dos

70. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4. p. 180.

71. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de processo*, v. 209, jul. 2012, p. 21.

Direitos Humanos (GNDH), vinculado ao Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União:

> Quando as Medidas Protetivas de Urgência, previstas na Lei 11.340/2006, tiverem natureza cível, podem ser concedidas como tutela provisória de urgência, nos termos dos artigos 300 e seguintes do CPC (Lei 13.105/2015), inclusive o regramento da estabilização da tutela provisória prevista nos artigos 303 e 304.

A natureza provisória das medidas protetivas de urgência decorre da cognição sumária necessária ao seu deferimento ou indeferimento judicial, podendo ainda ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia (art. 18, § 2º, da Lei 11.340/2006). Ficam submetidas, por força do art. 13 da Lei Maria da Penha, a depender da natureza civil ou penal, aos procedimentos estabelecidos no Código de Processo Penal ou no Código de Processo Civil.

No âmbito civil, as decisões que deferem ou indeferem as medidas protetivas de urgência se submetem ao sistema recursal do NCPC, estando sujeitas ao recurso de agravo de instrumento quando deferidas em decisões interlocutórias (art. 1.015, inc. I, do NCPC) ou à apelação, quando confirmadas, concedidas ou revogadas na própria sentença (arts. 1.009, *caput*, e 1.012, inc. V, NCPC).

7. Conclusão

Nesse breve estudo sobre a Lei Maria da Penha buscou-se apenas apontar algumas problematizações ainda atuais sobre o tema, para se chegar a seguinte autocrítica: após mais de dez anos de vigência da Lei 11.340/2006 conquistou-se muito, mas não o suficiente para alterar a triste realidade social brasileira.

A Lei Maria da Penha, ao estabelecer diferenciação legal quanto ao gênero, superou a perspectiva da mera igualdade formal, para efetivar o disposto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal e reafirmar as conquistas trazidas pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher e pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

A Lei 11.340/2006 é um instrumento de ação afirmativa que, por meio de discriminações positivas, procurou alterar a estrutura patriarcal e de dominação masculina histórica, com a previsão de medidas de igualdade material a partir da percepção legal da diferença entre os gêneros.

Ao conjugar normas de natureza penal e civil, desenvolveu técnicas processuais diferenciadas para a proteção das mulheres em situação de violência

doméstica e familiar, sem prejuízo da aplicação das regras não conflitantes contidas nos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e na legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso (art. 13 da Lei 11.340/2006).

Com isso, rompeu com a tradição jurídica, voltada à manutenção do *status quo* e da reprodução das estruturas de dominação vigentes, para promover a inclusão social das minorias com o saneamento das desigualdades históricas.

Embora a Lei 11.340/2006 não seja a panaceia jurídica para as questões dos Direitos das Mulheres, é um exemplo dessa utopia democratizante ambicionada, pelo constitucionalismo fraterno e inclusivo[72], para uma sociedade que, a partir do ambiente doméstico e familiar, perceba o outro na sua ampla condição humana e o respeite enquanto sujeito igual e de deveres e direitos.

Não obstante a Lei Maria da Penha seja uma legislação inovadora, o Mapa da Violência 2015 evidencia que o Brasil passou de 7º para 5º lugar no índice de feminicídios[73]. São 4,8 mortes por 100.000 habitantes. Aqui, mata-se 48 vezes mais que no Reino Unido, 24 vezes mais que na Irlanda e 16 vezes mais que no Japão. O Brasil fica atrás apenas de El Salvador (8,9), Colômbia (6,3), Guatemala (6,2) e Federação Russa (5,3) mortes por 100.000 habitantes.

Portanto, mais de dez anos após a entrada em vigor da Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha ainda está distante de resolver ou minimizar a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil. É indispensável não apenas a correta interpretação e aplicação dessa lei, mas também investimentos e políticas públicas integradas capazes de promover resultados melhores a partir da discussão de gênero e, a médio prazo, transformar a sociedade brasileira pelo enraizamento da cultura de respeito aos direitos humanos.

8. Referências bibliográficas

ALVES, Fernando de Brito. *Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática.* Dissertação de mestrado (ciências jurídicas). Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009.

72. CAMBI, Eduardo; LIMA, Jairo Néia. Constitucionalismo inclusivo: o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social. *Revista de direito privado*, v. 60, out./dez. 2014, p. 11-35.

73. FERNANDES, Valéria Diez Scarance. "Genocídio" no Brasil: 5º país que mais mata mulheres no mundo. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/generocidio-no-brasil-5º-pais-que-mais-mata-mulheres-no-mundo/16043]. Acesso em: 05.09.2016.

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular:* a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ÁVILA, Thiago André Pierobom (coord.). *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero.* Experiências e representações sociais. Brasília: Escola ESMPU, 2014.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista trimestral de direito público*, v. 15, 1996.

BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. v. 1.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. v. 2.

BECHARA, Júlia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Disponível em: [www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/689]. Acesso em 30.08.2016.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha:* Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política.* São Paulo: Boitempo, 2014.

BOURDIEU, Pierre. *A Distinção: Crítica Social do Julgamento.* São Paulo:Edusp; Porto Alegre: Zoak. 2007.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Jairo Néia. Constitucionalismo inclusivo: o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social. *Revista de direito privado*, v. 60, out./dez. 2014.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Stela Valéria de Farias. *Violência doméstica.* Análise da Lei "Maria da Penha", n. 11.340. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, v. 3, dez. 2015.

CORRÊA, Rúbian Coutinho (org.). *O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher:* uma construção coletiva. Contribuições dos Ministérios Públicos Estaduais e da União para o entendimento da Lei n. 11.340/2006

– Maria da Penha. Brasília: Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica.* Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 6. ed. São Paulo: RT, 2015.

DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres:* uma introdução à teoria do direito feminista. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1993.

DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.185, 26.09.2006. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/8985]. Acesso em: 01.09.2016.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 4. ed. São Paulo: RT, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). *Revista de processo*, v. 160, jun. 2008.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha.* O processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. "Genocídio" no Brasil: 5º país que mais mata mulheres no mundo. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/generocidio-no-brasil-5º-pais-que-mais-mata-mulheres-no-mundo/16043]. Acesso em: 05.09.2016.

GARCIA, Emerson. Proteção e inserção da mulher no Estado de Direito: A Lei Maria da Penha. *De Jure – Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, v. 12, jan./jun. 2009.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JESUS, Damásio. *Violência contra a mulher.* São Paulo: Saraiva, 2010.

LINO, Alice de Carvalho. *Belo e sublime:* a mulher e o homem na filosofia de Immanuel Kant. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de processo*, v. 125, set. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito: uma análise do artigo 497, parágrafo único do CPC/2015. *In*: CAMBI, Eduardo; MARGRAF; Alencar Frederico (coord.). *Direito e justiça.* Estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016.

MONTE, Nalida Coelho. As medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 não exigem, para sua concessão e manutenção, a existência de boletim de ocorrência, representação criminal ou procedimento criminal. Disponível em: [www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=65891&idModulo=9706#_ftn7]. Acesso em 30.08.2016.

MONTENEGRO, Marilia. *Lei Maria da Penha:* uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MORATO, Alessandra Campos; SANTOS, Claudiene; RAMOS, Maria Eveline Cascardo; LIMA, Suzana Canaez da Cruz. *Análise da relação sistema de justiça criminal e violência doméstica contra a mulher.* Brasília: ESMPU, 2009.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Lei Maria da Penha:* aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PENHA, Maria. *Sobrevivi… posso contar.* 2. ed. Fortaleza: Editora Armazém da Cultura, 2012.

PIERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da diferença.* 3. ed. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da FFLCH-USP/Editora 34, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório.* Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de processo*, v. 209, jul. 2012.

TIBURI, Marcia. Aulas online, no curso Filosofia Feminista. Disponível em: [http://espacorevistacult.edools.com/curso/filosofia-feminista-por-marcia-tiburi]. Acesso em: 22.08.2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Aspectos neuropsicológicos dos agressores domésticos e o advento da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), de Andreia Tassiane Antonacci e Valéria Morine Nagy – *RT* 971/69-90 (DTR\2016\23067);
- Dez anos de Lei Maria da Penha: e agora Maria, para aonde? de Carmen Hein de Campos – *RT* 974/155-170 (DTR\2016\24519);
- Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos, de Lenio Luiz Streck e Vinicius de Melo Lima – *RBCCrim* 111/333-357 (DTR\2015\248); e
- O olhar jurídico feminino sobre a violência de gênero, de Virgínia de Fátima Marques Bezerra – *RT* 971/19-46 (DTR\2016\23071).

Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza

Prison privatization and the commodization of crime and poverty

Erica do Amaral Matos

Menstranda em Direito Penal e Criminologia e bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo.
Advogada Criminalista.
ericaamaralmatos@gmail.com

Recebido em: 03.08.2016
Aprovado em: 27.09.2016
Última versão autora: 02.11.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo aborda a privatização de presídios compreendendo o fenômeno como um processo de mercantilização do crime. Para tanto, analisa-se o sistema prisional brasileiro, de forma a evidenciar suas principais problemáticas, especialmente sua seletividade racial e social. Demonstra-se a inerência da pena privativa de liberdade ao sistema capitalista, reforçando seu papel de controle social. Em um cenário de medo e clamor públicos por repostas imediatistas, a privatização dos presídios aparece como suposto préstimo. À luz dessas premissas, analisam-se os processos de privatização nos Estados Unidos e na França, países pioneiros, para abordar de forma crítica suas supostas vantagens. Destacam-se óbices no âmbito legal, ético e moral, em especial pela delegação inconstitucional do poder punitivo do Estado ao setor privado e pela obtenção do lucro com o sofrimento alheio em detrimento dos interesses sociais. Por fim, com atenção à realidade brasileira, faz-se uma análise crítica da primeira parceria público-privada em presídio do País. Dessa forma, a privatização dos presídios configura verdadeira mercantilização do crime, uma vez que reduz o ser humano, o crime e, consequentemente, a pobreza a objetos de mercado.

Abstract: This article discusses the privatization of prisons, including the phenomenon as a process of commodification of crime. Therefore, it analyzes the Brazilian prison system, in order to highlight their main problems, especially its racial and social selectivity. It demonstrates the inherent relation between deprivation of liberty and the capitalist system, reinforcing its role of social control. In a scenario of fear and public clamor for shortsighted responses, the privatization of prisons appears as supposed advantage. In light of these assumptions, it analyzes the processes of privatization in the United States and France, to address critically its supposed benefits. It discusses obstacles in the legal, ethical and moral framework, especially the unconstitutional delegation of the punitive power of the state to the private sector, obtaining profit with the suffering of others and by giving priority to profit to the detriment of the interests of prisoners. Finally, aware of the Brazilian reality, there is a critical analysis of the first public-private partnership in the country. Thus, the privatization of prisons sets true commodification of crime, once it reduces the human being, the crime and the poverty to market objects.

Amaral Matos, Erica do. Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. p. 257-297. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Privatização de presídios – Mercantilização do crime – Mercantilização da pobreza – Controle social.

KEYWORDS: Criminology – Prison privatization – Commoditization of crime – Commoditization of poverty – Social control.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sistema prisional brasileiro: breves considerações. 2.1. A seletividade do sistema: um recorte de raça e de classe social. 3. A origem da pena privativa de liberdade: a relação entre cárcere e fábrica. 3.1. A regulamentação do trabalho no interior dos presídios brasileiros. 4. O papel das prisões. 5. Cultura do medo e a influência dos meios de comunicação social de massa. 6. Privatização: aspectos gerais. 7. A promessa da privatização dos presídios. 7.1. Privatização e terceirização nos presídios: as diferenças entre os modelos estadunidense e francês. 8. Privatização dos presídios: perspectivas críticas. 9. Experiências brasileiras. 10. O caso mineiro: parceria público-privada no Complexo Prisional de Ribeirão das Neves. 11. Conclusão. 12. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar de maneira crítica a privatização dos presídios. Objetiva-se, ao estudar o perfil da população carcerária brasileira, o papel das penas privativas de liberdade, o processo de criminalização da pobreza, as experiências estrangeiras e a nacional, expor a problemática da desestatização das prisões, propondo que esta, inevitavelmente, desencadeia um processo de mercantilização da criminalidade.

O Brasil vive um processo de encarceramento em massa, sobretudo da população pobre e negra, que transforma os presídios brasileiros em cenários de constantes violações aos direitos humanos. O país tem hoje a quarta maior população carcerária do mundo, que, ao contrário da tendência de outros países, está em ascensão.

Paradoxalmente, a população clama por cada vez mais repressão, resultado de um medo generalizado, difundido e apoiado pela mídia – fenômeno conhecido como *populismo criminológico*: utilizando-se, principalmente, das emoções e do sofrimento das vítimas, a grande mídia transforma as cenas de crime em espetáculos transmitidos aos seus espectadores.[1]

Paralelamente a esse cenário de caos no sistema carcerário, a política neoliberal de redução da interferência do Estado em prol da iniciativa privada ganhou força no Ocidente. Com isso, os critérios e objetivos sociais são substituídos por aqueles mercantis, dentro da lógica de acumulação de capital. "Não

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

por acaso", como bem pontuou Laurindo Minhoto, "a política de privatização de presídios foi proposta no interior do vasto programa de privatização implementado pelas administrações Reagan e Thatcher"[2].

Também não por acaso que o cárcere se tornou um bom negócio, como afirmou Sérgio Salomão Shecaira[3], tanto com o advento de mecanismos tecnológicos de segurança, como alarmes, redes elétricas, portões eletrônicos, agências de segurança, controle dos cárceres por satélite, tornozeleiras eletrônicas etc., quanto com a privatização das prisões.

A defesa da implementação de prisões privadas é sustentada, sobretudo, por argumentos econômicos: enquanto o Estado precisa arcar com os contratos e concursos públicos, custos burocráticos, licitações e outros, as empresas privadas conseguiriam construir novas instituições de forma mais econômica e rápida. Além disso, está a concepção de que o livre mercado e a livre concorrência do setor privado levariam a serviços prisionais de melhor qualidade. Há, ainda, o argumento de que os contratos entre o Estado e as empresas privadas podem conter exigências e determinações que não se aplicam às prisões públicas, podendo, inclusive, ser rescindidos em casos de má gerência.

Em contrapartida a tais argumentos, surgem críticas nos âmbitos legal, ético e moral. Os opositores à prática (posição assumida neste trabalho) sustentam, em linhas gerais, ser inconstitucional a delegação do poder punitivo do Estado ao setor privado; ser antiético uma empresa privada lucrar com o sofrimento alheio; e, por fim, ser imoral a privatização das prisões, uma vez que tal prática privilegia o lucro em detrimento dos interesses e do bem-estar dos reclusos.

Os interesses empresariais, então, passam a ser prioridade e a dominar os processos político-criminais, podendo dificultar a implementação de políticas mais progressistas de combate ao encarceramento em massa, além de impelir mudanças retrógadas como a redução da maioridade penal e a criminalização de outros atos.

No Brasil, segundo relatório do Departamento Penitenciário Nacional, 4% dos estabelecimentos prisionais são terceirizados, seja em regime de cogestão ou de parceria público-privada. Pretende-se, neste artigo, analisar a questão da privatização dos presídios, expondo, sobretudo, seu viés mercantil, à medida que reduz o ser humano a simples objeto de mercado e a mão de obra barata

2. MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões de mercado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 55-56, 2002. p. 144.

3. SHECAIRA, Sérgio Salomão; VILARDI, Naiara. Cárcere foi um bom negócio. *Boletim IBCCRIM*, v. 232, 2012. p. 3-4.

sob condições análogas à escravidão, com foco na realidade brasileira, reforçando o papel da prisão de controle social da classe marginalizada.

Para além do âmbito legal, tentar-se-á demonstrar a relação direta entre a criminalização da pobreza e a gestão da violência no sistema capitalista, que se manifesta de maneira ainda mais evidente no método de privatização de presídios, sob a clara lógica de acumulação de capital em detrimento dos critérios sociais.

Para tanto, utiliza-se como referência, especialmente, as obras de Laurindo Minhoto e de Tara Herivel. Aquele, por fazer uma leitura essencial do processo de privatização de presídios, traçando de forma completa seu histórico no Ocidente, não se bastando à simples análise legal, mas, sobretudo, à questão social, elucidando o processo de mercantilização do crime, objeto deste trabalho. Esta, por expor de forma detalhada a lucratividade do sistema penitenciário privado nos Estados Unidos, demonstrando, na prática, a primazia dos interesses das grandes corporações em detrimento dos interesses sociais.

Dessa forma, pretende-se demonstrar no presente artigo que a privatização dos presídios consiste em um processo no qual o crime se torna conveniente e lucrativo. No contexto brasileiro de criminalização da pobreza, a clientela fiel do sistema carcerário se torna uma mercadoria. A partir do momento em que o crime e, como consequência, a pobreza se tornam lucrativos, seu combate acaba por ser inoportuno.

2. Sistema prisional brasileiro: breves considerações

Para uma melhor análise crítica do processo de privatização dos presídios, mister se faz compreender o sistema prisional do País e sua política criminal. Assim, neste ponto, serão expostas, ainda que brevemente, suas principais características: população, perfil socioeconômico e condições dos estabelecimentos. Para tanto, serão utilizados os dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional (Depen – Infopen, 2014)[4], do Conselho Nacional de

4. LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). Jun. 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 18.05.2016.

Justiça (CNJ)[5], do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)[6] e do International Centre for Prison Studies (ICP)[7].

No último levantamento feito pelo Depen, constatou-se que existem no país 607.731 pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais. O déficit de vagas no sistema prisional passou a ser de 231.062. Dessa forma, o Brasil ocupa o quarto lugar no *ranking* das maiores populações carcerárias do mundo, atrás somente dos Estados Unidos da América, da China e da Rússia. Se computadas as prisões domiciliares, a população prisional brasileira ultrapassa a russa, ocupando o terceiro lugar.

Da totalidade de inclusos no sistema, 41% esperam julgamento. Ou seja, quase a metade da população carcerária brasileira não foi sequer condenada em definitivo pelos supostos crimes praticados. Essa diagnose coloca o País atrás apenas dos Estados Unidos e da Índia no que tange às prisões provisórias, segundo as informações do ICP[8].

Considerando os últimos dados do IBGE, nos quais se estimou a população brasileira em 202.768.562 habitantes, tem-se que, a cada 100 pessoas no

5. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. 2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: 18.05.2016.
6. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estimativas da população*. Data referência: 01.07.2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/pdf/analise_estimativas_2014.pdf]. Acesso em: 06.06.2016.
7. INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. *World prison population list*. 10. ed. Disponível em: [www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_pre-trial_imprisonment_list_2nd_edition_1.pdf]. Acesso em: 18.05.2016.
8. Esse dado demonstra que, em que pese a garantia constitucional de presunção de inocência (art. 5ª, LVII), vigora no País – na prática – a presunção da culpa. Forçoso reconhecer, portanto, que esse tipo de prisão (de inocentes) atende à sede punitiva da população, e não à ordem pública e econômica, à instrução do processo ou à aplicação da lei penal, como exige o art. 312 do Código de Processo Penal. Aury Lopes Jr. afirma, com propriedade, que "No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida (...). O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de 'eficiência' do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser 'excepcional' torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessas teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares" (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 818-819).

país, sete estão privadas de sua liberdade. Enquanto a população cresceu 16% de 2000 a 2014, a população carcerária cresceu 7% ao ano, configurando um aumento de 161% no período, ou seja, evolução dez vezes superior à taxa de crescimento de toda a população. Se, entre 2008 e 2014, a população carcerária brasileira aumentou em 33%, as dos Estados Unidos, da China e da Rússia diminuíram em 8%, 9% e 24% respectivamente.

Esse crescimento desmedido não se deve exclusivamente a um aumento da criminalidade, mas, sobretudo, à consolidação de uma cultura punitiva[9]. Nos últimos anos, concretizou-se a ideia de que punir mais seria a resposta para a criminalidade por meio da criminalização de novas condutas, da maximização das penas previstas, do aumento das possibilidades de detenções provisórias e da criação de óbices para progressão de regime e concessão de livramento condicional. Grandes exemplos dessa era de leis mais duras são a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) e a nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), normas que vêm cumprindo com excelência seu papel de manter cada vez mais pessoas privadas da liberdade, sem que isso gere um retorno efetivo na diminuição da criminalidade. Pelo contrário, em sete anos da entrada em vigor da nova lei de drogas, 100 mil pessoas foram encarceradas, enquanto o problema do tráfico de drogas está longe do fim no País.

De acordo com o Depen, apenas um terço das prisões brasileiras comporta um número de pessoas aquém de sua capacidade. Em cerca de um quarto, há mais de dois presos para cada vaga; em 17% dos presídios, a taxa de ocupação fica entre 151% e 200%; no restante dos estabelecimentos prisionais, ou seja, próximo de um quarto da totalidade, essa taxa ultrapassa os 201%, podendo chegar a mais de 401%.

A simples leitura dos dados aqui mencionados é suficiente para constatar o caos existente. Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, "[e]sse quadro constitui grave afronta à Constituição Federal, envolvendo a violação a diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, 'e'), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º)"[10].

9. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Consagração da cultura punitiva: editorial. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 220, 2011.

10. STF, RE 580.252/MS, voto Min. Luís Roberto Barroso, j. 06.05.2015.

Barroso vai além e diz que, na grande maioria dos casos brasileiros, quando se manda uma pessoa para a cadeia, ela terá de cumprir uma pena ainda mais gravosa do que a que lhe foi de fato designada. Pois, mais do que a privação de liberdade, condena-se também à perda da integridade, dignidade e qualquer perspectiva de reinserção na sociedade.[11]

A superpopulação dos presídios obriga os detentos a viver com pouca ou nenhuma dignidade em ambientes totalmente degenerativos. Essas condições subumanas geram outros problemas como rebeliões, reincidência em crimes, fortalecimento do crime organizado e tantos outros.

"A superlotação", assinalou Loïc Wacquant, "é exacerbada pela incompetência burocrática, que faz com que milhares de presos a cada ano permaneçam sob custódia depois do término de sua sentença, sendo essa cruel humilhação o motivo principal para os tumultos furiosos que periodicamente agitam o sistema carcerário brasileiro"[12].

Não são raros os casos de denúncia das péssimas condições do sistema carcerário brasileiro, embora se saiba que a imensa maioria continua secreta e acobertada. Em 2010, a Pastoral Carcerária divulgou um extenso relatório sobre tortura em locais de detenção, tornando pública a face oculta de uma democracia que ainda carrega os piores resquícios ditatoriais.[13] Em janeiro de 2010, foram amplamente divulgados imagens e vídeos de uma rebelião no Presídio de Pedrinhas, no Maranhão, em que presos decapitavam outros presos, em cenas de corpos espalhados em poças de sangue.[14] Em meados de 2010,

11. Mais recentemente, no julgamento da ADPF 347, a Corte entendeu que, relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, está configurado o chamado "estado de coisas inconstitucional", uma vez que constatada a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade humana, higidez física e integridade psíquica. (STF, ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 09.09.2015.)
12. WACQUANT, Loïs. *Rumo à militarização da marginalização urbana*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 209.
13. PASTORAL CARCERÁRIA. *Relatório sobre tortura*: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura. 2010. Disponível em: [carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/10/Relatorio_tortura_revisado1.pdf]. Acesso em: 06.06.2016.
14. Presos filmam decapitados em penitenciária no Maranhão; veja vídeo. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1394160-presos-filmam-decapitados-em-penitenciaria-no-maranhao-veja-video.shtml]. Acesso em: 06.06.2016.

o Estado do Espírito Santo foi denunciado por manter presos dentro de contêineres, por assassinato e esquartejamento e, posteriormente, por tortura.[15]

Esses trágicos exemplos vêm acompanhados de também trágicos efeitos colaterais. Quando se trata de violência como a ocorrida em Pedrinhas, entre detentos, com a ajuda da mídia, reforça-se a ideia já enraizada na sociedade da existência de pessoas cruéis por natureza, indignas de piedade e que, portanto, merecem o castigo da pena. Além disso, sendo as cadeias, como será demonstrado, majoritariamente ocupadas por negros e pobres, fortalece-se a imagem do inimigo comum, institucionalizando o racismo e legitimando o encarceramento em massa. No caso de violência institucional de insalubridade, tortura e assassinatos por parte do Estado, nenhum dos poderes constituídos assume a responsabilidade. A resposta vem sempre na linha da humanização do cárcere, seja na construção de novos estabelecimentos, seja na melhoria das instalações físicas dos já existentes.

À primeira vista, qualquer pessoa que cumpra pena privativa de liberdade no país reverenciaria tal medida. No entanto, defender a humanização do cárcere como medida central de política criminal – ideário bastante utilizado em prol da privatização das prisões – significa ignorar o verdadeiro papel dessas instituições, que é a gestão da população pobre e negra, respaldado em uma lógica de encarceramento. Assim, discussões e soluções acerca do encarceramento em massa e criminalização da pobreza são deixadas de lado.

Nos últimos 20 anos no Estado de São Paulo, foram construídos 53 novos estabelecimentos prisionais, sem que isso resolvesse problemas de violência. Em contramão ao discurso apresentado pelos políticos responsáveis e pela mídia, a Universidade Estadual de São Paulo apresentou um estudo no qual demonstra o aumento da criminalidade em praticamente todo o estado e um aumento ainda maior nas cidades que receberam novas instalações prisionais.[16]

Importante reforçar que a construção de novos presídios não implica necessariamente a melhoria das condições desses. Além disso, os problemas não

15. CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Tortura de 52 presos no Espírito Santo*: organizações cobram ações concretas. Disponível em: [www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/nota-publica-es-denuncia-tortura-contra-52-detentos-em-vila-velha]. Acesso em: 06.06.2016.

16. AGUILAR, Guilherme Aparecido Santos; TACHIBANA Vilma Mayumi. Aumentou-se o número de crimes nas regiões onde foram construídos os presídios? *Revista da Estatística UFOP*, v. 3, 2014. Disponível em: [www.cead.ufop.br/jornal/index.php/rest/article/viewFile/573/477]. Acesso em: 06.06.2016.

se limitam à estrutura física das construções.[17] Faz-se necessário admitir que os presídios brasileiros são verdadeiras masmorras nas quais seres humanos são descartados sob o (falso) pretexto de ressocialização e mantença da ordem social. Ainda mais importante, por outro lado, é compreender para que e para quem esse sistema funciona, como será feito a seguir.

2.1. A seletividade do sistema: um recorte de raça e de classe social

Dado o panorama geral da situação carcerária brasileira, importante situá-lo na realidade histórico-social do País, cuja história é inerente a um passado escravocrata e à subordinação econômica internacional, que refletiram diretamente em uma sociedade racista e socialmente desigual. Posto isso, cabe indagar quem são as pessoas que ocupam os presídios e o porquê de elas estarem lá.

Pelo já citado relatório do Depen, depreende-se que a maioria das pessoas privadas de liberdade no Brasil é jovem (56% da população carcerária tem entre 18 e 29 anos), ao passo que 21,5% da população brasileira o é, segundo o censo do IBGE de 2010.

A população do País é composta de 51% de negros e 48% de brancos, enquanto a prisional possui uma proporção consideravelmente maior: 67% é negra, ao passo que 31% é branca.

O grau de escolaridade das pessoas reclusas é extremamente baixo. Apenas 7% chegaram a terminar o Ensino Médio, em contraste com 32% da população brasileira, e 11% não o concluíram na totalidade. Mais da metade dos presos sequer terminou o Ensino Fundamental (53%), 9% são alfabetizados sem cursos regulares e 6% são analfabetos.

Apesar de não existirem fontes indicativas do perfil carcerário no que tange à renda, o que se conclui desses dados é evidente: quem lota as prisões brasileiras são, sobretudo, jovens negros e pertencentes à classe social baixa que

17. O Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo propôs uma Ação Civil Pública contra a Fazenda Estadual pela ausência de assistência material aos presos da região do ABC Paulista. Na peça, é possível verificar um vasto levantamento feito pela instituição, a qual constatou que o gasto médio mensal por preso foi de R$ 2,00, o que deveria abranger produtos de vestuário, higiene pessoal e limpeza das celas e áreas comuns. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 7ª Vara de Fazenda Pública Ação Civil Pública n. 0002249-08.2013.8.26.0053. A peça inicial está disponível em: [www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/ACP%20-%20Assist%C3%AAncia%20material%20-%20ABC.doc]. Acesso em: 06.06.2016.)

sequer tem acesso à educação, extraindo-se a "definição corrente da criminalidade como um fenômeno concentrado, principalmente, nos estratos inferiores, e pouco representada nos estratos superiores e, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais correlacionados à pobreza"[18].

Das centenas de condutas tipificadas como crime no ordenamento, apenas nove são imputadas a 89% das pessoas presas: tráfico, quadrilha ou bando, roubo, furto, receptação, homicídio, latrocínio, porte de armas e violência doméstica.

O tráfico de drogas é o crime imputado a 27% da totalidade das pessoas presas; 38% respondem por crimes contra o patrimônio – roubo, furto, receptação e latrocínio. Ou seja, esses cinco crimes, se somados, correspondem a 65% da população carcerária. Esse cenário se agrava quando se trata de presídios femininos: 63% das mulheres presas respondem pelo crime de tráfico de drogas.

Para Wacquant, existe uma "estreita conexão entre hierarquia de classe e estratificação racial e a discriminação de cor endêmica à polícia e às burocracias judiciais brasileiras", de tal forma que "apenar a pobreza contribui para tornar 'invisível' a questão da cor e reforça a dominação étnico-racial ao assegurar-lhe a homologação do Estado"[19].

Indubitável, então, que o sistema penal funciona de forma altamente seletiva, sendo ocupado, sobretudo, por pessoas jovens, negras e pobres, servindo, assim, como depósito de pessoas marginalizadas.

3. A origem da pena privativa de liberdade: a relação entre cárcere e fábrica

Para se entender um modo de punição existente em uma sociedade, necessário, primeiro, entender a que modo de produção está relacionada. Rusche e Kirchheimer explicam que cada sistema tende a descobrir punições que correspondem a suas relações de produção, de maneira que somente o desenvolvimento específico das forças produtivas permite introduzir ou rejeitar penalidades correspondentes. No âmbito da passagem do feudalismo para a economia capitalista, Foucault atém-se ao "desaparecimento dos suplícios. (...) Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer

18. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 102-103.

19. WACQUANT, Loïs. *Rumo à militarização da marginalização urbana*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 206.

sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação"[20].

A privação da liberdade, como forma autônoma e como sequestro do tempo, surge juntamente com o modo de produção capitalista, momento em que o trabalho humano passou a ser medido pelo tempo, conforme bem ensinaram Melossi e Pavarini: "A ideia de privação de um *quantum* de liberdade, determinado de modo abstrato, como hipótese dominante de sanção penal, só pode realizar-se de fato com o advento do sistema capitalista de produção, ou seja, naquele processo econômico em que todas as formas de riqueza social são desenvolvidas à forma mais simples e abstrata do trabalho humano medido no tempo"[21].

Assim, as prisões capitalistas surgem como modo de apropriação privada do trabalho coletivo, como garantia da violência estrutural, a fim de moldar o trabalhador falho para a disciplina da fábrica, mantendo o projeto burguês de criação de operários dóceis. A primeira função latente da pena privativa de liberdade, então, é a disciplina daqueles que se recusavam a aceitar o discurso da nova ética do trabalho.[22]

Nesse sentido, Adorno e Horkheimer bem doutrinaram que "O homem na penitenciária é a imagem virtual do tipo burguês em que ele deve se transformar na realidade. Os que não o fizerem lá fora serão forçados a isso aí dentro numa terrível pureza"[23].

No Brasil, o processo de criminalização do trabalhador falho fica claro na antiga criminalização da vadiagem. Pela leitura do tipo penal, depreende-se que a ociosidade só era criminalizada se junta com a pobreza, vez que aqueles ociosos, mas com meios de garantir sua subsistência, não estavam abrangidos pelo dispositivo. Nos dias de hoje, verifica-se, na maioria das penitenciárias

20. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 13.

21. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (século XVI-XIX). 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 262-263.

22. FELETTI, Vanessa Maria. *Vende-se segurança*: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 36 e 38.

23. ADORNO, Theodor; HORKKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

brasileiras, a exploração da mão de obra do preso, com instalação de fábricas privadas, sob o pretexto da ressocialização.

3.1. A regulamentação do trabalho no interior dos presídios brasileiros

No Brasil, o trabalho carcerário é regido, principalmente, pelas Regras Mínimas de Tratamento dos Reclusos da ONU; pela Lei de Execução Penal (LEP); pelo Código Penal; e pela Constituição da Federal.

O trabalho no interior dos presídios aparece como discurso legitimante da função ressocializadora da pena. Por meio dele, o preso, para além da ocupação do tempo, teria condições de se qualificar, podendo ser reinserido no mercado de trabalho posteriormente, ser remunerado, além de ter o direito à remição de sua pena proporcionalmente aos dias trabalhados, nos termos do art. 126 da LEP.

A legislação brasileira, conquanto, diferencia o trabalhador livre do trabalhador preso, garantindo-lhes direitos diferentes. A LEP prevê, em seu art. 31, a obrigatoriedade do trabalho de todos os presos, exceto aos presos provisórios. Tal dispositivo vai de encontro com a vedação de penas de trabalho forçado da Constituição Federal (art. 5º, XLVII, *c*) e com a realidade dos presídios brasileiros, em que apenas 16% da sua população exerce atividade laborativa, conforme relatório do Infopen de 2014.

Em seu art. 28, § 2º, a LEP dispõe, ainda, que o "trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho". Os direitos sociais garantidos ao trabalhador livre são assegurados ao trabalhador recluso, no limite da sua sentença e da lei. No entanto, se o recluso oferece sua mão de obra a uma empresa privada, em iguais condições de subordinação às quais os trabalhadores livres se subordinam, isso deveria ensejar um contrato com garantias e direitos idênticos aos demais empregados.[24]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em seu art. 23.2, dispõe que "toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho". A LEP, por sua vez, em seu art. 29, prevê a possibilidade de remuneração inferior ao salário mínimo, garantia constitucional, para o trabalhador preso.

Juarez Cirino dos Santos alerta: "sistemas de trabalho carcerário que submetam a força de trabalho encarcerada a qualquer outra autoridade diferente

24. COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 32, p. 7-23, 1999.

do Estado – como, por exemplo, o empresário privado – representam violação inconstitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF), por uma razão elementar: a força de trabalho encarcerada não tem o direito de rescindir o contrato de trabalho, ou seja, não possui a única liberdade real do trabalhador na relação de emprego e, por isso, a compulsória subordinação de seres humanos a empresários privados não representa, apenas, simples dominação do homem pelo homem, mas a própria institucionalização do trabalho escravo. Se o programa de retribuição e de prevenção do crime é definido pelo Estado na aplicação da pena criminal pelo poder Judiciário (art. 59, CP), então a realização desse programa político-criminal pelo poder Executivo através da execução da pena, vinculada ao objetivo de harmônica integração social do condenado (art. 1º, LEP), constitui dever indelegável do Poder Público, com exclusão de toda e qualquer forma de privatização da execução penal"[25].

Assim, soa incoerente a definição da LEP de que o trabalho possui função educativa e produtiva, proporcionando a reinserção do condenado na sociedade, ao mesmo tempo que lhe confere tratamento desigual dos demais trabalhadores, permitindo o lucro das empresas privadas, por intermédio da máxima extração da mais-valia, retirando-lhe, inclusive, o direito constitucional de um salário mínimo, representando, portanto, verdadeira institucionalização de trabalho escravo.

4. O papel das prisões

Tradicionalmente, são três as principais correntes sobre a função das penas privativas de liberdade: teoria retributiva, teorias preventivas e teorias mistas e ecléticas.[26] Não se alongará na explicação de cada uma delas, por se entender que tal empreitada desviaria do foco principal do presente trabalho. Para os fins deste artigo, assume-se como premissa que as funções "declaradas" da pena privativa de liberdade são apenas uma forma de camuflar e justificar suas verdadeiras funções, quais sejam a criminalização e a gestão da pobreza.

Nesse contexto, vale citar Wacquant, para quem as funções declaradas da pena "são idealmente adequadas para encenar publicamente seu compromisso,

25. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Privatizações de presídios*. Curitiba: ICPC, 2013.

26. O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria unificada da pena. O art. 59 do Código Penal dispõe ser a pena para reprovação e prevenção do crime. E a Lei de Execuções Penais, em seu art. 1º, evidencia o caráter preventivo especial positivo, por meio da integração social do condenado ou internado.

recentemente descoberto, de exterminar o monstro do crime urbano e por rapidamente se aliarem aos estereótipos negativos dos pobres, alimentados pela sobreposição dos preconceitos de classe e etnicidade"[27].

Os dados sobre a reincidência criminosa colocam à prova as teorias preventivas. Se a prisão tem a função de "ressocialização", como explicar que grande parte da sua população não absorveu a terapêutica penal, voltando a delinquir?[28] Especificamente sobre a função ressocializadora da pena (*prevenção especial positiva*), confira-se Zaffaroni *et al.*: "É insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma impossibilidade estrutural não solucionada pelo leque de *ideologias re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração"[29] (grifos dos autores).

Nessa égide, Wacquant destacou que "a nova penalogia que vem se instalando não tem por objetivo 'reabilitar' os criminosos, mas sim 'gerenciar custos e controlar populações perigosas' e, na falta disso, estocá-los em separado para remediar a incúria dos serviços sociais que não se mostram nem desejosos nem capazes de tomá-los sob sua responsabilidade"[30].

Foi nesse sentido que Juarez Cirino dos Santos declarou que a prisão funciona em uma eficácia totalmente invertida já que, em vez de reduzir a criminalidade, "introduz os condenados em carreiras criminosas, produzindo reincidência e organizando a delinquência". Em alusão a Foucault, que definiu

27. WACQUANT, Loïs. *Rumo à militarização da marginalização urbana*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 204.

28. A taxa de reincidência criminal no Brasil é de 47,4%. (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Estudio comparativo de población carcelaria. *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014*. Disponível em: [informes.americaeconomia.com/pnud2013/estudio-comparativo-de-poblacion-carcelaria-pnud-2013]. Acesso em: 06.06.2016.)

29. ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 129.

30. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 32.

como "isomorfismo reformista" a insistência no discurso de fracasso do sistema e da necessidade de reforma, que acaba funcionando como legitimação da crença de que a prisão, apesar de necessitar de reformas, é necessária, o autor afirma que "a história da prisão (...) é a história de 200 anos de fracasso, reforma, novo fracasso e assim por diante, com a reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado"[31].

Assim, diante do evidente fracasso das funções oficiais da pena, qual sua razão de ser e em que se sustenta a sua manutenção? Para Wacquant, "ela mesma tende a se tornar a sua própria justificativa, na medida em que seus efeitos criminógenos contribuem pesadamente para a insegurança e para a violência que deveria remediar"[32].

Em um contexto de uma sociedade capitalista pós-industrial, em que a concentração de riqueza é pressuposto de sua existência, só se consideram úteis aqueles que podem consumir e se adequar às leis do mercado. Essa lógica favorece a ampliação da desigualdade social, já que nem todos são consumidores cativos do sistema que, automaticamente, os exclui.

Para que uma sociedade injusta se mantenha, fazem-se necessários meios de ajuste em relação àqueles que se encontram no polo desfavorecido da injustiça[33], ou, ao menos, meios de disfarçar essas discrepâncias.

Foi Foucault que, cerebrinamente, explicou o processo de gestão das classes inferiores, o qual se ocupa em transformar corpos antes inúteis e rebeldes às regras da sociedade em úteis e dóceis: "[O corpo] como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição; o corpo só se torna útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso. Essa sujeição não é obtida só pelos instrumentos da violência e da ideologia; (...) pode ser calculada, organizada, tecnicamente pensada, pode ser sutil, não fazer uso de armas nem do terror, e, no entanto, continuar a ser de ordem física"[34].

O cárcere, então, cumpre o papel de incluir os excluídos do sistema, ainda que à força. Com o controle da população mais desfavorecida socialmente, a

31. SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). *In*: Seminário Internacional do IBCCRIM, 11., 2005. São Paulo, 2005.

32. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 33.

33. GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 284.

34. FOUCAULT, Michel. 38. ed. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 28-29.

manutenção da desigualdade social, imprescindível para a preservação do modelo capitalista, garante-se.

Nesse sentido, para Minhoto: "O cárcere apresenta-se como meio privilegiado de inclusão forçada, no sistema de justiça criminal, dos excluídos dos sistemas econômico, político, educacional, sanitário etc. Desempregados estruturais, migrantes ilegais, trabalhadores do mercado informal de drogas, consumidores falhos configuram a prisão como uma espécie de microcosmo da ralé estrutural produzida pela sociedade contemporânea"[35].

Ao servir como depósito dos inúteis à lógica do capital, escancara-se a função da prisão de regulação e até mesmo de perpetuação da miséria.[36] O Estado, ao tratar problemas sociais com o sistema punitivo, protagoniza o que Wacquant chamou de ditadura sobre os pobres: "Oferecer o Estado penal para responder às desordens geradas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pelo relativo e absoluto empobrecimento de seções do proletariado urbano através do aumento dos meios, alcance e intensidade da intervenção do aparelho policial e judicial contribui para (re)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres"[37].

Dessa forma, as instituições prisionais vêm cumprindo, com excelência, seu papel de controle da população mais vulnerável ao sistema, que está encoberto pelo falso pretexto de suas funções declaradas.

5. CULTURA DO MEDO E A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DE MASSA

Bauman definiu o medo como "o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance"[38]. Em um ambiente que o autor chamou de líquido-moderno, o medo é companhia permanente e indissociável da vida humana. Esse medo alimenta o

35. MINHOTO, Laurindo Dias. Regressão nova, velha barbárie. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 202, 2009.

36. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 33.

37. WACQUANT, Loïs. Rumo à militarização da marginalização urbana. *Discursos Sediciosos*, n. 15-16, 2007. p. 208.

38. BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 8.

sistema capitalista, justamente para garantir sua sobrevivência, pois, conforme o mesmo autor, "[a] economia de consumo depende da produção de consumidores, e os consumidores que precisam ser produzidos para os produtos destinados a enfrentar o medo são temerosos e amedrontados, esperançosos de que os perigos que temem sejam forçados a recuar graças a eles mesmos"[39].

Inconteste a existência de uma cultura do medo na sociedade, na qual se vive com a constante sensação de insegurança e de impunidade. Esse sentimento é fruto, sobretudo, do papel que os grandes meios de comunicação vêm exercendo. Por meio da espetacularização de emoções, sentimentos e cenas de crime, a grande mídia colabora com a criação de um populismo criminológico.[40] Seja por intermédio de programas policiais ou dos noticiários, em que há um expressivo número de reportagens sobre criminalidade.

A veiculação de matérias sobre crimes cotidianos de forma altamente sensacionalista promovida pela mídia acaba por legitimar o já eivado sistema penal, anunciando-o como o produto ideal a fornecer segurança à população. Importante lembrar que, antes mesmo da assunção de uma função pública, a mídia possui objetivos comerciais, visando, sobretudo, à aferição de lucro.[41]

Da vasta gama de tipos penais existentes na legislação (correspondentes à criminalização primária), a comunicação social se ocupa de divulgar apenas alguns delitos como os únicos praticados e somente uma parcela dos agentes como os únicos delinquentes existentes.

A divulgação seletiva colabora para a criação de um estereótipo de criminoso no imaginário coletivo, que possui componentes específicos de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos.[42] Tal rótulo exclui do senso comum outros tipos de delinquentes, como aqueles de colarinho branco[43], de tal forma que

39. *Ibidem*, p. 15.

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

41. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o direito penal. *Boletim IBCCRIM*, v. 45, ago. 1996.

42. ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 46.

43. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 130.

o sistema se mostra inoperante para qualquer outra clientela que não aquela catalogada nas características estereotipadas.[44]

É esse estereótipo que guia a ação das agências de criminalização secundária, enchendo, portanto, as prisões. Assim, a existência de um perfil específico da população carcerária (em sua maioria pessoas pobres, negras, jovens e com baixa escolaridade) não significa serem essas características causas do delito, mas sim da criminalização. Ocorre que, ao vincular-se a esse estereótipo, assumindo-o para si, tais aspectos podem tornar-se também causas do delito, fenômeno chamado de efeito reprodutor da criminalização ou desvio secundário.[45]

As pessoas mais pobres e de baixa escolaridade se enquadram nos estereótipos criados pela comunicação social e estão mais suscetíveis e vulneráveis em relação à criminalização secundária, por possuírem baixa defesa perante o poder punitivo. Além disso, como mencionado, o processo de etiquetamento do criminoso faz com que a pessoa assuma para si o papel que a sociedade lhe impôs, correspondendo, então, àquele comportamento.[46]

A criação desses estereótipos reforça preconceitos de raça e de classe ao criar a imagem de um inimigo comum: "Isto leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, e este conceito acaba sendo assumido por equivocados pensamentos humanistas que afirmam serem a pobreza, a educação deficiente, etc., as causas do delito, quando, na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses segmentos sociais, mas, sobretudo, de sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o imenso oceano de ilícitos dos outros segmentos, que os cometem com menor rudeza ou mesmo com refinamento"[47].

Assim, os programas policiais de grande audiência, a espetacularização de crimes e as notícias recorrentes de delitos violentos formam o cenário ideal para a criação de um medo coletivo e, consequentemente, para a venda da segurança. O sentimento de impunidade, no entanto, mostra-se contraditório diante das exorbitantes e crescentes taxas de encarceramento.

---

44. ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 46-47.
45. *Ibidem*, p. 46.
46. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 287.
47. ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 48.

É nesse contexto que a população busca cada vez mais por respostas imediatas. A demanda por mais segurança se confunde naturalmente com a obsessão por mais punição. O que explica, por exemplo, o fato de 93% dos paulistanos serem a favor da redução da maioridade penal, segundo o Datafolha[48].

As consequências desse temor geral podem ser devastadoras. A política, como assinala Klaus Günther, reconhece nessa emotividade o potencial necessário para obtenção e manutenção do poder, de modo que aquele que defende o combate à criminalidade de maneira mais rigorosa e impositiva tenha maior clamor público.[49] Assim, a pressão popular leva à criação de leis penais cada vez mais rigorosas, além de impedir o avanço em pautas progressistas na política criminal, constituindo-se, pois, num dos principais obstáculos à criação de uma sociedade democrática.

A mídia também cumpre com excelência o papel de estigmatização da pessoa presa. Ao reforçar a ideia de estereótipo de criminoso e clamar pela punição, legitima-se a prisão como resposta ao crime. Além disso, ajuda a construir a ideia de que os que povoam as prisões são verdadeiros monstros, autores dos mais graves crimes divulgados, como homicídio, estupro, pedofilia, sequestros etc. Quando, na verdade, como nos revela os levantamentos feitos, são ocupadas por crimes grosseiros.

"O condenado, em face do processo criminal", explicou Shecaira, "fica marcado perante a sociedade e si mesmo. O estigma lhe pesa de tal forma que acaba interagindo com o rótulo criminal e ele é impulsionado a viver e a comportar-se com a imagem que incorpora"[50].

De forma paradoxal, guinada por esse medo, a população clama por punição e por mais cadeia, mas não concorda com os custos dessa política de encarceramento em massa. Daí, baseadas na lógica economicista e neoliberal, surgem respostas como a privatização de presídios, esta que é, por sua vez, altamente defendida pelos meios de comunicação.

A inauguração da Penitenciária de Ribeirão das Neves, por exemplo, o primeiro complexo prisional administrado por uma Parceria Público-Privada no

48. 93% dos paulistanos querem redução da maioridade penal. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/04/1263937-93-dos-paulistanos--querem-reducao-da-maioridade-penal.shtml]. Acesso em: 03.06.2016.

49. GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. *Revista Direito GV*, 2006. p. 193.

50. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 345.

Brasil, teve divulgação positiva nos maiores meios de comunicação do País[51]. Ao mostrar somente os supostos benefícios da parceria, contribui-se para uma formação tendenciosa da opinião pública.

Como é facilmente conclusivo, a cultura do temor difundida na sociedade e todas as suas consequências colaboram para a perpetuação da lógica de acumulação e segregação do capitalismo. Além de manter – e agravar – a estratificação social, dele natural, confere lucros altíssimos às empresas de segurança privada.

6. PRIVATIZAÇÃO: ASPECTOS GERAIS

O termo privatização possui um sentido bastante amplo, envolvendo um conjunto de medidas adotadas pelo Estado que visam à diminuição do aparelhamento administrativo que o compõe.[52] José Carvalho dos Santos Filho explicou esse fenômeno da seguinte maneira: "O Estado pretende modernizar-se através da possibilidade de executar os serviços públicos pelos regimes de parceria, caracterizados pela aliança entre o Poder Público e entidades privadas. (...) O ponto característico nuclear desses regimes consiste em que a parceria do Estado é formalizada junto com pessoas de direito privado e da iniciativa privada, ou seja, aquelas que, reguladas pelo direito privado, não sofrem ingerência estatal em sua estrutura orgânica. A elas incumbirá a execução de serviços e atividades que beneficiem a coletividade, de modo que tal atuação se revestirá da qualificação de função delegada do Poder Público"[53].

Dessa forma, para que melhor se entenda o objeto de estudo deste trabalho, imperioso delimitar o que se chama aqui de privatização.

Quando o Estado delega a outros as prestações de serviços públicos, ocorre sua descentralização. Em se tratando de transferência da execução dos serviços para pessoas da iniciativa privada, constitui-se a delegação negocial.

---

51. Como exemplo, veja-se: PENITENCIÁRIA criada pela iniciativa privada recebe presos na sexta-feira. *Jornal Nacional*, Rede Globo, 17.01.2013. Disponível em: [g1.globo.com/jornal-nacional/videos/t/edicoes/v/penitenciaria-criada-pela-iniciativa-privada-recebe-presos-na-sexta-feira-18/2352285] e UM MODELO inovador de gestão prisional. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/89533-um-modelo-inovador-de-gestao-prisional.shtml]. Acesso em: 03.06.2016.

52. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

53. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 357.

Ainda mais especificamente, tem-se a delegação negocial que se consuma "através de negócios jurídicos celebrados entre o Poder Público e o particular, os quais se caracterizam por receber, necessariamente, o influxo de normas de direito público"[54], uma vez que tem como finalidade a prestação de serviços públicos do próprio Estado.

Os negócios jurídicos que materializam a delegação negocial são as concessões e as permissões de serviços públicos, que possuem expressa previsão constitucional (art. 175). As concessões especiais são caracterizadas pela contraprestação pecuniária recebida pelo concessionário e se subdividem em patrocinadas e administrativas.

Há, ainda, a concessão especial de serviços públicos, também chamada de parceria público-privada, regulada pela Lei 11.079/2004. Na modalidade patrocinada, o concessionário recebe recursos financeiros tanto da tarifa cobrada dos usuários do serviço prestado quanto de uma contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público. Na concessão administrativa, a Administração Pública é sua usuária direta ou indireta, não comportando remuneração de tarifas pelos usuários, mas apenas pagamento direto do concedente. Esta última, portanto, importa ao presente artigo.

As três principais características desta última modalidade de parceria, que a distinguem dos demais contratos administrativos, são o financiamento do setor privado, o compartilhamento de riscos e a pluralidade compensatória. O que significa dizer que o Poder Público não disponibilizará integralmente recursos financeiros para os empreendimentos que o contratar; se solidarizará com o ente privado no caso de eventuais prejuízos ou déficit, ainda que o que os tenha ocasionado sejam fatos imprevisíveis; e terá obrigação em favor do concessionário pela execução da obra ou do serviço, admitindo contraprestação pecuniária de espécies diversas.[55]

Sobre a terceirização, em um sentido amplo, como explicou Di Pietro, "cada vez que a Administração Pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando"[56]. No âmbito do direito do trabalho, é a contratação do trabalho de terceiros para o desempenho de uma atividade-meio, assumindo diferentes formas.

54. *Ibidem*, p. 367.

55. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 432-433.

56. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 344.

Com fundamento no art. 37, XXI, da Constituição Federal, observando as normas da Lei 8.666/1993, a Administração Pública pode celebrar contratos de obra, de serviço e de fornecimento, tratando-se da execução indireta referida nos arts. 6º, VIII, e 10 da Constituição.[57]

Assim, dada essa breve explicação, entende-se como privatização neste trabalho a parceria entre o setor público e o setor privado, que envolve ou não a construção de obras públicas, na modalidade de concessão administrativa, para além de serviços de fornecimento, mas também os de execução e administração. O termo terceirização será usado para designar a aliança entre a Administração Pública e o setor privado, relativa a alguns serviços de fornecimento, como transporte, alimentação e segurança, modelo comum do sistema penitenciário francês.

7. A PROMESSA DA PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS

Dado o quadro de superlotação no sistema carcerário, denúncias de violação de direitos humanos nas penitenciárias, proliferação do medo na sociedade e grande demanda por punição, estão sendo buscadas novas soluções. As políticas criminais, no entanto, costumam se pautar no imediatismo e no populismo penal, sem levar em conta políticas públicas sociais necessárias para desestruturar certas determinações do crime. Assim, em detrimento de políticas de educação, saúde, emprego, moradia, entre outras, a política criminal brasileira se orienta, sobretudo, na reforma de leis mais duras e policiamento ostensivo, em resposta ao clamor popular, e construção de novos presídios, com o fim de encobertar problemas visíveis causados pela superpopulação.[58]

Simultaneamente a esse processo, a política neoliberal de redução da interferência estatal se consolidou e, por conseguinte, a privatização de setores anteriormente públicos se afirmou, sob os argumentos de livre concorrência, redução de custos, otimização do gerenciamento, entre outros. Dentro da lógica de acumulação de capital, os critérios e objetivos sociais vão sendo substituídos por preceitos mercantis. Desse modo, a privatização de presídios foi proposta.

57. *Ibidem*, p. 343.

58. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria de pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 1.

Na linha de Minhoto[59], tal proposta se assegura principalmente em premissas economicistas da crise do sistema carcerário, concebida em termos físicos e monetários. A privatização do sistema levaria a custos menores, serviços de melhor qualidade e aumento no nível de responsabilização. Isso porque as empresas privadas teriam mais interesse que o Governo em evitar falhas, já que essas contribuiriam para uma propaganda negativa. Além disso, a competição do meio privado levaria à otimização dos serviços com baixo custo. Soma-se a isso o fato de que o Estado, supostamente, possui altos custos operacionais, além de estar sujeito a práticas corruptoras do processo político. Em contrapartida, empresas privadas estão sujeitas a um contrato, que podem apresentar padrões de desempenho e sanções em caso de não cumprimento.

Ocorre que, como será oportunamente demonstrado, a proposta de implementação de prisões privadas se baseia em uma concepção e leitura bastante singulares da criminalidade e de sua conexão com a prisão.[60] Outrossim, a defesa da privatização das prisões despreza suas problemáticas estruturais, reforçando e legitimando o (falho) papel da pena privativa de liberdade.

7.1. Privatização e terceirização nos presídios: as diferenças entre os modelos estadunidense e francês

Como visto, há modelos diversos de parceria entre o Poder Público e o setor privado. Quando essa parceria acontece no sistema penitenciário, ela também é variante. Minhoto delimitou quatro modalidades possíveis do processo de privatização de presídios, são elas: (i) o financiamento da construção de novos estabelecimentos; (ii) a administração do trabalho prisional, que é o caso das chamadas prisões industriais; (iii) a provisão de serviços penitenciários, como educação, saúde, profissionalização, alimentação, vestuário etc.; (iii) e a administração total das prisões.[61]

Os problemas relativos à criminalidade e ao sistema carcerário não são exclusivos do Brasil, tampouco de países subdesenvolvidos. A crise do sistema já levou outros países a buscarem soluções semelhantes às quais estão sendo aqui buscadas, e a privatização do sistema penitenciário já foi iniciada em

59. MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*: a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 67 e ss.

60. *Ibidem*, p. 28.

61. *Ibidem*, p. 70.

diversos países, entre os quais os Estados Unidos e a França são pioneiros – cada qual com seu modelo.

O modelo que vigora nos Estados Unidos é o de privatização total; ou seja, as empresas privadas constroem e administram totalmente os presídios, detendo, inclusive, poderes de gestão e direção prisional, assim como são responsáveis pelos serviços de vigilância e de segurança dos internos. A primeira prisão privada dos Estados Unidos, nesses moldes, foi inaugurada em 1986, em Saint Mary. Hoje, a Corrections Corporation of América (CCA), pioneira à época, é a maior empresa de presídios privados do mundo[62].

Na França, por outro lado, vigora o modelo de cogestão ou de dupla responsabilidade entre o Poder Público e o setor privado. Igualmente em um cenário de superpopulação carcerária, foi promulgada, em 1987, lei que autorizava a delegação de certas atividades acessórias das instituições penitenciárias, tais como hotelaria, oficinas de trabalho e assistência médica e garantia ao Estado atividades de poder de polícia, as relativas à execução penal e as de segurança e vigilância. Dessa forma, ao contrário dos Estados Unidos, o Estado francês ainda possui poder de gestão e de direção das unidades prisionais, estando terceirizadas apenas atividades acessórias.

Neste momento, faz-se conveniente um esclarecimento: a crítica apresentada no presente artigo é dirigida ao modelo norte-americano de privatização total dos presídios. A despeito da eventual problemática em torno da terceirização de serviços, que pode representar um grave problema aos trabalhadores, o modelo francês não representa o processo de mercantilização do crime e da pobreza tal qual o norte-americano.

8. PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS: PERSPECTIVAS CRÍTICAS

Inicialmente, antes de rebater cada ponto levantado como supostas vantagens das prisões privadas, necessário apontar que a sua legitimação seria uma forma de reforçar a prisão como estratégia privilegiada de controle social na contemporaneidade.[63] Isso porque se desconsideram totalmente os papéis da

62. HERIVEL, Tara. *Quem lucra com as prisões*: o negócio do grande encarceramento. Trad. Lívia Maria Silva Macedo, Renato Gomes de Araújo Rocha e Victor Caldeira de Mederios. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 32.

63. MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões de mercado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, 2002. p. 42.

instituição de gestão da população pobre e negra e de manutenção da estratificação social e racial, baseados na lógica de encarceramento em massa seletivo.

Além disso, a defesa dessa apropriação pelo setor privado reforça a crença da população na funcionalidade do sistema penal. Nesse sentido, afirmou Minhoto: "A política de privatização de presídios, ao se apresentar como suposta panaceia para os graves problemas que atravessam os sistemas penitenciários, repõe a grande promessa do direito penal moderno de que a pena privativa de liberdade, de um lado, deve ser justa, ao fundar-se no exame da culpabilidade do ato praticado, e, simultaneamente, de outro, deve ser útil, ao visar à reabilitação do condenado"[64].

Seguindo a linha de argumentação de economicidade e estrutura física deficiente das instituições existentes, os defensores da privatização do sistema prisional tendem a limitar suas críticas a uma administração pública ineficaz, como se fosse o único problema a ser combatido. No entanto, ainda que desconsiderada toda a problemática que envolve o sistema prisional, já fadado ao fracasso, a defesa da privatização dos presídios não encontra sustento por outros vários motivos que serão aqui expostos.

Primeiramente, "o direito de privar um cidadão da liberdade, e de entregar a coerção, que o acompanha, constitui uma daquelas situações excepcionais que fundamentam a própria razão de ser do Estado, figurando no centro mesmo do sentido moderno de coisa pública e, nessa medida, seria intransferível"[65].

Do ponto de vista legal, portanto, a delegação do poder punitivo do Estado ao setor privado é inconstitucional. À luz da Constituição Federal, são terminantemente proibidos juízo ou tribunal de exceção, de tal forma que somente a autoridade competente é capaz de processar e sentenciar um cidadão (art. 5º, XXXVII e LIII). Assim, uma instituição privada jamais estaria apta para fazer uso da força e coação na sua administração, nem mesmo julgar as infrações graves ou decidir a respeito de regime disciplinar diferenciado, funções atribuídas ao juiz da execução pela Lei de Execução Penal. Ademais, a imposição do domínio de um particular em relação ao outro, colocando um em posição tão superior aos demais, é uma ofensa ao princípio da igualdade (art. 5º, CF). Sendo, destarte, a execução da pena função pública intransferível, destituir o monopólio do direito de punir do Estado a particulares é inconstitucional.

64. *Ibidem*, p. 42.

65. *Ibidem*, p. 87.

O período de execução da pena privativa de liberdade por si só já é uma violação tão grande ao condenado que, segundo Nilo Batista, sequer o juiz tem ideia do significado: "Mas o cumprimento dessa decisão [de condenação do réu à privação de liberdade] irá inexoravelmente manifestar-se num tempo existencial, que interrompe drasticamente projetos do condenado e de seus familiares – a intranscendência é pura e simplesmente um princípio irrealizável plenamente – e lhes impõe um conjunto de privações e constrangimentos dos quais o juiz não tem noção"[66]. Como, portanto, esperar que uma instituição privada a tenha? Ainda mais inconveniente indagar: como é possível, do ponto de vista ético, auferir-se lucro do sofrimento alheio?

Como bem pontuou Faria, a discussão sobre a transferência ou não da administração das penitenciárias para o setor privado envolve pessoas e seus direitos. Diminuí-la a uma simples lógica mercantilista de custo-benefício é imoral. Uma questão que deveria ser tratada e estudada com a emergência de um tema de direitos humanos e sociais se converte em uma discussão puramente mercantil: "o tipo de privatização defendido com base nesses argumentos envolve seres vivos e entes morais – e seus respectivos direitos. Todo sentenciamento sempre acarreta a perda de muitos desses direitos, é certo. Mas o Estado que prende, julga, condena, pune e encarcera, em nome da ordem e da segurança pública, assume inúmeras obrigações legais e éticas em relação aos presos. (...) Mas com o advento desse processo, levando ao 'enxugamento' do Estado, à redução de suas funções e serviços, à despolitização da economia e à ênfase numa lógica mercantil que contamina os valores de todas as demais esferas da vida social, a discussão acaba sendo ofuscada pela sobrevalorização do binômio custo/eficácia e do princípio da economicidade invocados pelas firmas de vigilância e segurança"[67].

Por meio da lógica das relações mercantis, pelos critérios de rentabilidade e de acumulação, o cárcere se torna um grande negócio, em que seu escopo central passa a ser a extração de lucro em detrimento dos interesses sociais. Nesse processo, os presos deixam de ser titulares de um direito social, transformando-se

66. BATISTA, Nilo. Prefácio. *In*: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 10.

67. FARIA, José Eduardo. Prefácio. *In*: MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*: a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 15.

em meros consumidores de um serviço empresarial, reduzidos ao conceito geral de mercadoria.[68]

Soma-se a isso o fato de que, na prática, os argumentos defensivos tendem a não ser verídicos e os estabelecimentos privados tendem a reproduzir distorções dos estabelecimentos públicos.[69]

Como visto, o ponto mais atraente da privatização seria a diminuição dos custos estatais, por intermédio da desburocratização. No entanto, segundo Minhoto[70], como não há um estudo rigoroso comparando os custos privados e estatais, os dados são facilmente manipulados, de forma que as pesquisas existentes resultam sempre o conveniente para cada um dos lados – pró e contra. Assim, há poucas evidências de qualquer economia real.[71]

Essa mesma promessa de redução de custos também pode gerar outros problemas. Isso porque as empresas se sujeitam a uma pressão enorme para cumpri-la, restringindo gastos para economizar e gerar lucro ao mesmo tempo. Isso, consequentemente, pode levar a uma queda na qualidade dos serviços prestados e no nível de proteção e de segurança.[72] A desburocratização abre espaço para a contratação de funcionários pouco preparados, o que, por sua vez, aumenta a possibilidade de conflitos entre agentes e detentos.[73]

Ademais, como as empresas não querem atrair para si propagandas negativas de fugas, rebeliões e outros problemas entre os detentos, é comum que nos estabelecimentos por elas administradas haja uma pré-seleção de seus inclusos. Assim, são recrutados aqueles que possuem um histórico de bom comportamento, saúde, baixa periculosidade para que se possa garantir o bom gerenciamento.[74] Minhoto, em artigo intitulado *Regressão nova, velha barbárie*, que discorre sobre o processo de privatização dos presídios à luz da experiência estadunidense, constatou, entre outras coisas, que esta se concentra na "ponta leve" do sistema, sobretudo nos setores de imigrantes e

68. *Ibidem*, p. 12.

69. *Ibidem*, p. 44-45.

70. *Ibidem*, p. 82 e 84.

71. HERIVEL Tara. *Quem lucra com as prisões*: o negócio do grande encarceramento. Trad. Lívia Maria Silva Macedo, Renato Gomes de Araújo Rocha e Victor Caldeira de Medeiros. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 30.

72. *Ibidem*, p. 31.

73. MINHOTO, Laurindo Dias. Regressão nova, velha barbárie. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 202, 2009.

74. *Idem*, 2000, p. 75.

jovens criminosos, dispensando cuidados muito especiais, além de privilegiar o setor secundário do alojamento de adultos. Essa seleção também influencia diretamente nos custos. É evidente que um recluso com boa saúde, por exemplo, gera menos gastos do que aquele com a saúde debilitada.

Igualmente duvidoso o ponto de que as prisões administradas pelo setor privado possuam melhor desempenho. "Uma longa lista de práticas gerenciais ineptas pode ser detectada na experiência correcional privada estadunidense, englobando violência de funcionários contra detentos, corrupção, presença de drogas nos estabelecimentos e fugas reiteradas."[75]

Talvez a maior falácia, ainda, esteja na afirmação de que as empresas privadas operariam com maior distância das demandas corruptoras do processo político, gerenciando com mais transparência e honestidade nos gastos. A verdade é que elas possuem grande influência no processo político, e sua atuação é capaz de alterar a dinâmica das ações político-criminais.[76]

Herivel constatou que, nos Estados Unidos, empresas ligadas à privatização do setor prisional investiram 3,3 milhões de dólares em candidatos estaduais e partidos políticos de quarenta estados do país durante o ciclo eleitoral de 2002 a 2004.[77] Com essas doações, inserem-se no processo político novos atores que normalmente não estariam envolvidos. Estes, por sua vez, e por óbvio, estão mais e unicamente preocupados com ganhos lucrativos, e não com as questões sociais. Dessa forma, "os interesses empresariais podem dominar os processos político-criminais, fazendo pesar a balança em favor da confiança no encarceramento e contra as alternativas políticas mais eficientes e humanas"[78].

O debate sobre o encarceramento em massa, a seletividade racial e social do sistema, a descriminalização de condutas e outras políticas progressistas são esquecidas e, no lugar, surgem pautas conservadoras, como diminuição da maioridade penal, criminalização de novas condutas, enrijecimento de penas e tudo aquilo que possa aumentar ainda mais a população carcerária, de forma a garantir o lucro das empresas envolvidas.

75. *Idem*, 2009.

76. HERIVEL, Tara. *Quem lucra com as prisões*: o negócio do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 31.

77. HERIVEL, Tara. *Quem lucra com as prisões*: o negócio do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 26.

78. *Ibidem*, p. 33.

Nessa linha, Herivel destacou que a Corrections Corporation of America (CCA), a maior empresa de presídios privados do mundo, dirige 63 instituições correcionais, juvenis e de detenção, dominando 70 mil leitos em 19 estados dos Estados Unidos da América, e possui uma capitalização de mercado de 2 bilhões de dólares.[79]

Assim, percebe-se que, na prática, as prisões privadas não representam uma solução para os problemas relacionados ao sistema prisional, mas, sim, agravam-nos e dão origem a tantos novos inconvenientes. Resta claro, portanto, que a defesa da privatização das prisões está intrinsecamente relacionada à defesa da lucratividade de empresas privadas.

Nesse sentido, diversas instituições comprometidas com a questão carcerária têm se posicionado contrariamente à privatização do sistema prisional. Recentemente, o Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Pastoral Carcerária, o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) lançaram conjuntamente uma nota de repúdio Projeto de Lei 513/2011, que regulamenta a privatização do sistema carcerário. Alegam, em suma, a inconstitucionalidade da função punitiva do Estado para particulares e da privatização da assistência jurídica, além da superexploração do trabalho do preso.[80]

O processo de privatização dos presídios, então, representa um incontestável retrocesso no que diz respeito à política criminal. Pois, além de ir de encontro com diversas questões éticas e morais e legitimar a pena de prisão, desvia a atenção dos problemas estruturais do sistema, impossibilita o avanço de políticas progressistas de combate ao encarceramento e impulsiona a aplicação de políticas conservadoras e retrógradas.

---

79. *Ibidem*, p. 32. Outro exemplo da influência política e econômica dessas empresas se deu no Mississipi. Em 2001, uma forte crise fiscal ocasionou cortes significativos em todos os setores do serviço público, inclusive naqueles essenciais como cuidados mentais e educação. No entanto, enquanto se diminuíam verbas com a educação, por exemplo, o estado do Mississipi aumentou em 6 milhões de dólares a verba para financiamento de contratos prisionais. Durante 1994 e 2001, período em que o crescimento populacional diminuiu no estado, o orçamento das companhias mais que dobrou. Assim, enquanto todo o estado se atingia pela crise, o setor das prisões privadas prosperou (*Ibidem*, p. 43).

80. Disponívelem:[www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/Nota%20de%20Repudio%20-%20Privatiza%C3%A7%C3%A3o%20Pres%C3%ADdios.pdf]. Acesso em: 03.06.2016.

9. Experiências brasileiras

Assim como nos demais países do Ocidente, diante da superpopulação carcerária e dos problemas dela resultantes, o Brasil passou a cogitar a privatização do sistema penitenciário como eventual solução, a partir de uma leitura e de uma apropriação seletivas da experiência internacional no ramo.[81]

Foi em 1992 que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão subordinado ao Ministério da Justiça e encarregado da formulação de linhas diretrizes para a questão criminal, propôs a adoção de prisões privadas no Brasil.

Atualmente existem no Brasil várias instituições penitenciárias em que há parceria entre o setor público e o privado. No entanto, dadas as variações do critério de identificação de uma instituição privada, a aferição real de sua extensão se torna difícil, ante a ausência de dados confiáveis.

O último levantamento do Depen apurou que 4% das prisões brasileiras são terceirizadas, incluindo nos dados a modalidade de cogestão, na qual o Poder Público é o responsável pela gestão juntamente com a empresa privada, e a parceria público-privada, definida pela instituição como a modalidade de gestão em que o setor privado é responsável pela construção e gestão integral do estabelecimento.[82]

A fim de se ter uma noção mais precisa da distribuição dessas instituições no país, elaborou-se um levantamento, por meio de pesquisa junto às Secretarias de Administração Penitenciária de todos os estados brasileiros, oportunidade em que foram identificados 29 estabelecimentos prisionais privados distribuídos entre os estados de Alagoas, do Amazonas, da Bahia, do Ceará, do Espírito Santo, de Minas Gerais, de Pernambuco (em construção), de Santa Catarina, de Sergipe e do Tocantins. Santa Catarina é o estado brasileiro com o maior número de presídios em regime de cogestão entre o setor público e o privado, totalizando sete unidades.

Todas essas experiências se baseiam em gestão compartilhada entre a Administração Pública e o setor privado. No entanto, a única parceria público-privada, isto é, contrato de concessão especial administrativa, em funcionamento hoje no Brasil é o Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, à qual se dará maior atenção em seguida. Nas demais experiências brasileiras,

81. MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*: a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 161.

82. INFOPEN, 2014.

há participação de empresas privadas, mas elas não são as responsáveis exclusivas pela administração dos presídios e o Estado continua detendo o poder de gestão e direção destes.

A gestão compartilhada dos presídios em alguns serviços sempre existiu no Brasil. É comum que, nas penitenciárias, serviços como alimentação, limpeza e lavanderia, por exemplo, sejam terceirizados. Quanto a isso, no âmbito das questões político-criminais, não há impacto significativo. Esse tipo de parceria com o setor privado pode, inclusive, ser benéfico para o Estado, desde que observados alguns limites.

Permitir que empresas privadas prestem assistência jurídica, por exemplo, pode vir a ser um problema. No caso da PPP mineira, como será melhor explorado no próximo capítulo, a própria empresa responsável pela administração do presídio presta assistência jurídica ao preso. Ora, como esperar por uma defesa imparcial em caso de o detento precisar de assistência contra a própria empresa administradora?

Nas prisões industriais, como foi o caso da Prisão Industrial de Guarapuava no Paraná, uma indústria se instala no presídio com o fim de explorar a mão de obra dos presos que ali se encontram. Como exposto anteriormente, para as empresas é extremamente lucrativo, já que a mão de obra prisional é muito mais barata do que a do trabalhador comum por não estar sujeita às normas da Consolidação das Leis do Trabalho. Para o preso, não há opção; o trabalho é compulsório e não há possibilidade de rescisão do contrato.

O Paraná foi o primeiro estado do Brasil a ter prisões privadas, chegando a ter seis unidades. No entanto, em 2006, o Governo do Estado resolveu não renovar os contratos, por ausência de evidências de vantagens financeiras. O estado do Ceará, que possuía um presídio privado, também retomou sua administração.

Há, então, no Brasil diversas penitenciárias onde o poder público divide a gestão com o setor privado, por meio da terceirização de alguns serviços. O primeiro e, por ora, único caso de privatização, nos moldes de parceria público-privada no setor prisional, é o Complexo mineiro.

10. O caso mineiro: parceria público-privada no Complexo Prisional de Ribeirão das Neves

Em janeiro de 2009 foi assinado o contrato de concessão administrativa para a construção e gestão do Complexo Penal de Ribeirão das Neves entre o Governo do Estado de Minas Gerais e o consórcio Gestores Prisionais

Associados (GPA), vencedor do processo de licitação, formado por cinco empresas (CCI Construções S.A., Construtora Augusto Velloso S.A., Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda., N. F. Motta Construções e Comércio e Instituto Nacional de Administração Penitenciária). A inauguração do Complexo aconteceu em 28 de janeiro de 2013, e este tem capacidade de 3.336 vagas.

Cabe, aqui, ressaltar algumas das peculiaridades do contrato[83], cujo valor estimado é de R$ 2.111.470.780.

O prazo de vigência é de 27 anos, podendo ser prorrogado mediante prévia manifestação de vontade das partes.

A empresa concessionária é a responsável pela obtenção, aplicação e gestão do financiamento, sendo responsável por todas as despesas decorrentes da operacionalização e gestão do complexo penal (cláusula 17.3, a2). O teto do valor da vaga dia disponibilizada e ocupada em unidade de regime fechado é de R$ 75,00, conforme cláusula 12.2.

A cláusula 14.1 do contrato prevê que a "remuneração da concessionária será composta pelas seguintes parcelas para cada Unidade Penal: a) contraprestação pecuniária mensal; b) parcela anual de desempenho; e c) parcela referente ao parâmetro de excelência".

A contraprestação pecuniária cheia, para unidades penais do regime fechado é calculada por meio da seguinte equação: *CNTRPRCH = VVGDIA * (SUPTLZD * 0,9 + OCUP * 0,1)*. E, para unidades penais do regime semiaberto, é assim calculada: *CNTRPRCH = VVGDIA * (SUPTLZD * 0,9 + OCUP *0,8 * 0,1)*. Em que CNTRPRCH é a contraprestação pecuniária; VVGDIA, o valor da vaga disponibilizada e ocupada; SUPTLZD, o supertotalizador da respectiva unidade penal (total apurado de vagas dia disponibilizadas durante o mês); e OCUP, o número total de vagas dias ocupadas na respectiva unidade penal durante o mês. (Cláusulas 14.2.1 e 14.2.2)

Ou seja, o valor da contraprestação paga à empresa privada é diretamente proporcional ao número de vagas disponíveis e ocupadas. Quanto maior o número de ocupantes no presídio, maior o valor pago à concessionária.

Essa contraprestação deverá sofrer reajustes a cada doze meses, não podendo o Poder Público reduzi-la, ainda em caso de necessidade de redução de

83. Contrato de concessão administrativa para construção e gestão de complexo penal. Disponível em: [www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf]. Acesso em: 06.06.2016.

despesas para se manter adimplente perante a Lei de Responsabilidade Fiscal (cláusula 14.6).

Quanto à administração dos presídios, caberá ao Poder Público a nomeação de servidores para o cargo de Diretor Público de Segurança e a responsabilidade pela segurança externa do complexo (cláusula 17.2). Toda a segurança interna do complexo prisional, o que inclui o treinamento dos agentes de segurança, bem como monitoramento dos reclusos, é de responsabilidade da empresa concessionária (cláusula 17.3).

A empresa privada também se compromete a utilizar equipamentos modernos e atualizá-los de acordo com o aparecimento de novas tecnologias. Os lucros gerados pela redução de custos em razão da eficiência empresarial e da modernização ou alteração tecnológica serão exclusivamente revertidos para a empresa concessionária (cláusula 24.2).

Além disso, é de responsabilidade da empresa privada a prestação de todas as atividades acessórias, nas áreas médica, odontológica, psiquiátrica, social, esportiva, religiosa, assistencial e, inclusive, jurídica (cláusula 17.3, *p*).

Pode, ainda, a empresa privada delegar as funções atribuídas a ela no contrato a terceiros, o que inclui as atividades inerentes, acessórias ou complementares à concessão administrativa (cláusula 20.1).

Outro ponto relevante no contrato é a previsão do direito a determinado percentual advindo do fruto do trabalho remunerado dos detentos (cláusula 14.16.1).

A Agência Pública, agência de reportagem e jornalismo investigativo, elaborou um documentário sobre a inauguração do Complexo Prisional Ribeirão das Neves intitulado *Quanto mais presos, maior o lucro*[84], com a participação de Defensores Públicos e entidades comprometidas com a causa prisional, como a Pastoral Carcerária. A maior crítica gira em torno da garantia de 90% de lotação mínima e da seleção dos presos ali inclusos como para facilitar o sucesso do projeto.

Para Patrick Caciedo, coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC) da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a garantia de demanda mínima de 90% da capacidade do complexo como uma das obrigações do Poder Público só agrava o problema do encarceramento em massa. Já que, sendo a duração do contrato de, no mínimo, 27 anos, ainda que o cenário

84. Reportagem e documentário. Disponíveis em: [apublica.org/2014/05/quanto-mais-presos-maior-o-lucro]. Acesso em: 06.06.2016.

do País se altere muito nessas décadas, diminuindo o encarceramento, por exemplo, a cota deverá ser cumprida.

Bruno Shimizu, também coordenador do NESC, afirma que a privatização dos presídios é uma excrescência do ponto de vista constitucional, pela delegação do poder punitivo do Estado, além de ser uma política muito bem arquitetada, já que "o que tem impulsionado isso é um argumento político e muito bem construído. Primeiro se sucateou o sistema penitenciário durante muito tempo, como foi feito durante todo um período de privatizações, (…) para que então se atingisse uma argumentação que justificasse que esses serviços fossem entregues à iniciativa privada".

Outrossim, Caciedo também questiona a previsão contratual de prestação de assistência jurídica por parte da empresa privada. Isso porque a função é constitucionalmente reservada à Defensoria Pública. O defensor alerta que, por exemplo, "diante de uma situação de tortura ou de violação de direitos, essa pessoa vai buscar um advogado contratado pela empresa A para demandar contra a empresa A. Evidentemente isso tudo está arquitetado de uma forma muito perversa".

O subsecretário de Administração Penitenciária do Estado de Minas, Murilo Andrade de Oliveira, afirma para a reportagem que, no pré-selecionamento dos presos que podem ir ao Complexo de Ribeirão das Neves, não estão incluídos aqueles que são membros de facção criminosa e aqueles que cumprem pena pela prática do crime de estupro, já que isso poderia atrapalhar o projeto.

Dentro da lógica do lucro que envolve a privatização dos presídios, presos com envolvimento com facções ou condenados por crimes tidos como mais perigosos não seriam interessantes, já que exigiriam maiores investimentos em seus processos de ressocialização. Além disso, poderiam atrair propaganda negativa à empresa privada, em caso de faltas disciplinares, fugas, envolvimento com facções criminosas etc. Presos que não se interessam pelo trabalho, por exemplo, também interfeririam diretamente no lucro das empresas, já que há previsão expressa do direito a percentual advindo do trabalho dos detentos por parte da empresa concessionária. O subsecretário declara que "o ideal seria ter 100% de presos trabalhando (...). Agora, tem presos que realmente não querem estudar, não querem trabalhar, e se for o caso, posteriormente, a gente possa tirá-los, colocar outros que queiram trabalhar e estudar porque a intenção nossa é ter essas 3.336 vagas aqui preenchidas com pessoas que trabalhem e estudem".

Quanto ao trabalho no interior do Complexo Prisional, além de toda a problemática que envolve o labor e a exploração da mão de obra de detentos no

interior de presídios, o Governo de Minas Gerais foi condenado, em abril de 2014, por terceirização ilícita no Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, anulando diversas contratações feitas pelo grupo Gestores Prisionais Associados. O procurador Geraldo Emediato de Souza, que atuou no ato, em reportagem ao portal *Hoje em Dia*, explicou que estavam sendo terceirizadas atividades relacionadas com custódia, guarda, assistência material, jurídica e saúde, o que, para ele, configura uma afronta à indelegabilidade do poder de polícia, "além de ser uma medida extremamente onerosa para os cofres públicos, poderá dar azo a abusos sem precedentes"[85]. O procurador foi além e declarou sua opinião contrária à privatização do sistema prisional, pois "numa sociedade democrática, a privação da liberdade é a maior demonstração de poder do Estado sobre seus cidadãos. Licitar prisões é o mesmo que oferecer o controle da vida de homens e mulheres para quem der o menor preço, como se o Estado tivesse o direito de dispor dessas vidas como bem lhe aprouvesse".

A reportagem da Agência Pública também apurou que o Complexo Prisional mineiro, apesar de funcionar como um "cartão de visitas" e de exemplo para futuras instalações nos mesmos moldes, já repete problemas vivenciados nas cadeias públicas. Apurou-se que as visitas devem passar por revista vexatória para adentrarem o presídio, ficando nuas, em posição ginecológica, agachando e fazendo força. Em novembro de 2013, menos de um ano da inauguração, um detento fugiu do Complexo Prisional[86], fato que se repetiu no começo de 2015, quando dois outros se evadiram da instituição[87].

Em data recente, foi noticiado que reclusos da PPP mineira deram início a uma greve, paralisando as atividades laborais e faltando às aulas. A razão por eles alegada eram cortes de água e luz em represália a infrações, falta de trabalho para todos, falta de material de higiene, além da reclamação de que

85. Governo de Minas Gerais é condenado por terceirização ilícita em presídio privado de Ribeirão das Neves. *Hoje em Dia*. Disponível em: [hojeemdia.com.br/horizontes/governo-de-mg-%C3%A9-condenado-por-terceiriza%C3%A7%C3%A3o-il%C3%ADcita-em-pres%C3%ADdio-privado-de-ribeir%C3%A3o-das-neves-1.251787]. Acesso em: 06.06.2016.

86. Detento protagoniza fuga cinematográfica na primeira PPP de Minas. *Hoje em Dia*. Disponível em: [hojeemdia.com.br/horizontes/detento-protagoniza-fuga-cinematogr%C3%A1fica-na-primeira-ppp-de-minas-1.224818]. Acesso em: 06.06.2016.

87. Detentos fogem da penitenciária público privada de Ribeirão das Neves. *O Tempo*. Disponível em: [www.otempo.com.br/cidades/detentos-fogem-da-penitenci%C3%A1ria-p%C3%BAblico-privada-de-ribeir%C3%A3o-das-neves-1.995265]. Acesso em: 06.06.2016.

a última refeição estava sendo servida às 17h30. Além disso, há relatos de suposta tortura psicológica, com ameaças de agressão.[88]

Soma-se a isso que, após auditoria realizada pela Controladoria Geral do Estado (CGE) para avaliar suposto superfaturamento na previsão dos gastos do consórcio, concluiu-se que houve pagamento indevido pelo Governo do Estado durante a construção do Complexo Prisional, apontando também inclusão indevida de benfeitorias, cobrança e custos, divergências entre valores e duplicidade de pagamento.[89]

Assim, pode-se se dizer que, no primeiro caso de privatização total de presídios do Brasil, não há evidências reais de suas vantagens. Pelo contrário, as falhas de segurança, as denúncias de maus tratos, a condenação por terceirização ilegal e a fraude no contrato já são evidências de seu fracasso.

11. Conclusão

Conforme exposto, tentou-se demonstrar no presente trabalho a problemática da privatização dos presídios, por meio, principalmente, de uma análise do sistema prisional brasileiro e de experiências prévias no exterior com prisões privadas. No decorrer do estudo, objetivou-se elucidar que tal processo estimula, na verdade, a mercantilização da criminalidade.

De fato, o sistema carcerário brasileiro encontra-se em situação alarmante de precariedade e superpopulação, graças a uma política criminal respaldada no encarceramento em massa. As condições subumanas às quais os presos são submetidos produzem, ainda, efeitos problemáticos, como rebeliões, reincidência criminosa e fortalecimento do crime organizado. Dos dados que aqui foram analisados, depreendeu-se que as cadeias brasileiras estão superlotadas de pessoas que são, na sua maioria, jovens, negras e pobres, evidenciando a seletividade do sistema.

O ordenamento jurídico brasileiro confere à pena as funções de reprovação e prevenção do crime. A Lei de Execução Penal, por sua vez, evidencia o caráter preventivo especial positivo, por intermédio da integração social do condenado ou internado. No entanto, a mesma lei prevê uma função educativa

88. Crise no sistema penitenciário atinge complexo-modelo. *O Tempo*. Disponível em: [www.otempo.com.br/cidades/crise-no-sistema-penitenci%C3%A1rio-atinge-complexo-modelo-1.1010541]. Acesso em: 06.06.2016.

89. Seds bancou serviço de PPP. *O Tempo*. Disponível em: [www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/seds-bancou-servi%C3%A7o-de-ppp-1.1292392]. Acesso em: 06.06.2016.

e produtiva no trabalho do sentenciado, como modo de reinserção daquele na sociedade, conferindo-lhe tratamento diverso do trabalhador livre, privando-o de direitos constitucionais, como o salário mínimo, o que demonstra, assim, verdadeira incoerência.

O cenário de caos do sistema carcerário, sua seletividade de raça e de classe, o alto índice de reincidência criminal, o surgimento e fortalecimento de facções criminosas e as crescentes taxas de criminalidade demonstram a falácia das funções declaradas da pena privativa de liberdade, já que esta não previne a prática de novos delitos e não ressocializa aqueles incluídos no sistema. As ditas funções da pena, então, apenas camuflam o papel de criminalização e de gestão da pobreza, em que indivíduos são retirados da sociedade cujas políticas públicas sociais, ou sua ausência, segregaram-nos.

Os meios de comunicação em massa, por seu turno, contribuem para perpetuar a crença no sistema que já se mostrou falho. Além de difundirem um medo coletivo na população, por meio de notícias de crimes espetacularizados, contribuem para a formação de um estereótipo de criminoso, com características físicas, étnicas e sociais definidas, e legitimam a prisão como resposta adequada aos delitos. A cultura do medo difundida pela mídia mantém e agrava a estratificação social, colaborando com a lógica de segregação do capitalismo. As pessoas que detêm meios financeiros para isso se utilizam da segurança privada, conferindo altos lucros às empresas ligadas ao setor.

A população, ao mesmo tempo que clama por mais pena, desaprova gastos públicos em políticas sociais. Assim, em detrimento de políticas públicas nas áreas de educação, transferência de renda, moradia e emprego, as supostas soluções para a problemática do sistema são baseadas no imediatismo e no populismo, como endurecimento de leis penais e policiamento ostensivo, além da construção de novos presídios, a fim de encobertar os problemas visíveis ocasionados pela superpopulação carcerária.

É nesse contexto de demanda por punição e legitimação da prisão, bem como de consolidação de uma política neoliberal de redução de interferência do Estado, que surgiram as primeiras propostas de privatização do sistema prisional. A promessa de privatização, no entanto, ignora toda a problemática estrutural do sistema penal, o legitimando. Dentro da lógica do capital, o que deveria ser tratado como questão social se transforma em temas puramente mercantis.

Além disso, o processo de privatização do sistema prisional encontra óbices legais, já que a delegação do poder punitivo do Estado é inconstitucional. Soma-se a isso a imoralidade da possibilidade de se auferir lucro do sofrimento alheio, transformando os presos em mera mercadoria.

Na prática, como se observou das experiências nos Estados Unidos, não há indícios reais de vantagens. Há, inclusive, um agravamento de problemas. Esse processo acaba por reproduzir as falhas do sistema público e por irromper corrupção. Além disso, ante a pressão por redução de custos, a maior propaganda defensiva da privatização, as cadeias privadas tendem a diminuir a qualidade dos serviços prestados, de tal forma que se garanta o lucro à empresa, objetivo central.

O recém-fundado Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, primeira parceria público-privada prisional do Brasil, já possui sinais que demonstram seu fracasso. A proporcionalidade existente entre o número de detentos e a contraprestação paga pelo Estado à empresa privada evidencia o caráter mercantil que o crime assume. Quanto mais presos, maior a lucratividade. Assim, em um cenário de expansão desse modelo de gestão, o fim do encarceramento em massa se torna uma distante utopia. Somam-se a isso as notícias de fuga, a denúncia de maus tratos, a prática de revista vexatória nas visitas e a condenação por terceirização ilegal, que são suficientes para desacreditar que a privatização dos presídios representa qualquer melhoria.

O Estado tem a obrigação legal de fornecer saúde, educação e moradia aos cidadãos. Em vez disso, propicia à população marginalizada policiamento ostensivo e repressão. Segrega pessoas que não se adaptam à lógica do capital para, depois, encarcerá-las sob o falso pretexto de ressocialização. Lotam-se as cadeias com negros, pobres e periféricos que cometeram, em sua maioria, delitos contra o patrimônio e o tráfico de drogas, enquanto esses e tantos outros crimes praticados por pessoas de classe social mais alta fazem-se impunes, assim como o Estado, ao se eximir das políticas públicas de maior relevância.

Assim, ao propor a privatização dos presídios, o foco, que deveria estar em políticas de combate ao encarceramento em massa, descriminalização de condutas e políticas públicas de erradicação da pobreza, desloca-se. Dentro da lógica da privatização, aqueles que até então eram desamparados pelo Estado adquirem nova funcionalidade. A desigualdade social passa a ser interessante à medida que pode propiciar lucro, de tal forma que seu combate passa a ser ainda menos pertinente.

Dado o exposto no decorrer deste trabalho, pode-se afirmar que o processo de privatização das prisões constitui verdadeiro retrocesso na política criminal, pois reduz seres humanos ou, mais especificamente, a pobreza à simples mercadoria, inserindo-a na lógica mercantil e retirando-a da pauta social, em um verdadeiro processo de mercantilização da criminalidade e, consequentemente, da pobreza.

12. Bibliografia

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

AGUILAR, Guilherme Aparecido Santos; TACHIBANA, Vilma Mayumi. Aumentou-se o número de crimes nas regiões onde foram construídos os presídios? *Revista da Estatística UFOP*, Ouro Preto, v. 3, 2014.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, jan./mar. 2013.

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

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

CHRISTIE, Nils. *Crime control as industry*: towards gulags, Western style. 2. ed. Londres: Routledge, 1994.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 32, p. 7-23, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2006.

FELETTI, Vanessa Maria. *Vende-se segurança*: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. *Revista Direito GV*, 2006.

HERIVEL, Tara. Quem *lucra com as prisões*: o negócio do grande encarceramento. Trad. Lívia Maria Silva Macedo, Renato Gomes de Araújo Rocha e Victor Caldeira de Medeiros. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Consagração da cultura punitiva: editorial. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 220, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (século XVI-XIX). 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*: a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, 2002.

MINHOTO, Laurindo Dias. Regressão nova, velha barbárie. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 202, 2009.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. *Relatório sobre tortura*: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura. São Paulo, 2010.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. *Prisões privatizadas no Brasil em debate*. Coordenação de obra coletiva: José de Jesus Filho e Amanda Hildebrand Oi. São Paulo: ASAAC, 2014.

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

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punishment and social structure*. Nova York: Columbia University Press, 1968.

SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM, 11., 2005. São Paulo, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Privatizações de presídios*. Curitiba: ICPC, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria de pena:* fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o direito penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, ago. 1996.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Mídia e crime. *In*: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*: criminalista do século. São Paulo: Método, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; VILARDI, Naiara. Cárcere foi um bom negócio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 232, 2012.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. *Rumo à militarização da marginalização urbana*. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. *O lugar da prisão na nova administração da pobreza*. *In*: DOSSIÊ Segurança Pública. São Paulo: CEBRAP, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- É conveniente privatizar os presídios?, de Pedro Armando Egydio de Carvalho – *RBCCrim* 7/113-116 (DTR\1994\257);
- Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana, de Ronny Peterson Nunes dos Santos – *RBCCrim* 129/375-405 (DTR\2017\387); e
- Privatização de presídios, de Luís Fernando Camargo de Barros Vidal – *RBCCrim* 2/56-63 (DTR\1993\159).

A produção da morte pelo sistema penal: análise do processo criminal de um dos presos mortos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas/São Luís (Maranhão)

The production of death by the criminal system: criminal process analisys of one of the dead prisoners in Pedrinhas Penitenciary Complex/São Luís (Maranhão)

Isabella Miranda

Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Modalidade Residência Jurídica) (2012). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2008). Defensora Pública Estadual do Maranhão, São Luís.
isabelladpema@hotmail.com

Recebido em: 28.09.2016
Aprovado em: 05.12.2016
Última versão autora: 03.01.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O encarceramento em massa, traduzido no elevado número de presos no Brasil, é um fenômeno que pode ser identificado com o expansionismo penal. Esse expansionismo se relaciona a um punitivismo exacerbado, que se opera na prática judiciária. O objetivo deste artigo é, a partir dos conceitos de ilegalidade, deslegitimação, seletividade, dentre outros da criminologia da reação social e crítica, verificar como se dá a operatividade real do sistema penal a partir da trama processual penal. Utilizar-se-á a metodologia multidisciplinar (linguística e social) da Análise de Discurso Crítica, para analisar o processo criminal do primeiro preso morto – condenado pelo crime de receptação – no complexo penitenciário de Pedrinhas, em São Luís/MA, cuja decapitação desencadeou a condenação do Brasil perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos em 2013. A principal hipótese do artigo é que a produção da morte está relacionada a

Abstract: Mass imprisionment, which is represented by a high number of prisioners in Brasil, is a phenomenon that can be identified with the expansion of criminalisation. This expansion is related to an overwhelming punitivism that is operated in judicial routine. The purpose of this article is to verify how the real operativity of the criminal system works by studying the flow of the criminal judicial process, using the concepts of illegality, illegitimacy, selectivity, among others used by social reaction criminology and critical cirminology. The multidisciplinary methodology (linguistic and social) of Critical Discourse Analisys will be used to analise the criminal judicial process regarding the first prisioner killed – convicted of receiving stolen goods – in the Pedrinhas Penitenciary Complex, in São Luís, state of Maranhão, whose beheading lead to the condemnation of Brasil by the Inter-American Human Rights System in 2013. The main hipothesys of this

um contexto eficientista na atuação concreta processual penal, operada pelas agências do sistema penal e verificada, principalmente, através da inobservância de garantias fundamentais processuais penais. A justificativa e pertinência daquilo que hora se analisa é buscar um modelo integrado de criminologia, direito penal e processual penal de corte diferente, com uma ética básica, com elementos para uma reconstrução de garantias, utilizando-se o direito humanitário como fio condutor.

Palavras-chave: Mortes – Pedrinhas – Atores do sistema penal – Análise do discurso crítica – Punitivismo.

article is that the production of death is related to an eficientistic context of the concrete criminal process operation by the agencies of the criminal system due to the inobservance of the fundamental criminal process guarantees and safeguards. The relevance of this subject is the search for integration between criminology and criminal law studies in a diferent approach, with basic ethics as elements to the reconstruccion of guarantees, using human rights as the leading instrument.

Keywords: Deaths – Pedrinhas – Criminal system actors – Critical Discourse Analisys – Punitivism.

Sumário: 1. Introdução – Da cultura punitiva ao encarceramento em massa: violações a Direitos Humanos e mortes no Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís/MA). 2. A operacionalidade dos sistemas penais latino-americanos: morte, deslegitimação, ilegalidade e seletividade. 3. A ruptura epistemológica na criminologia: da criminologia da reação social à criminologia crítica. 4. Construindo os caminhos metodológicos para a análise do caso concreto: como atuam nossos sistemas penais? 5. Analisando o processo e os discursos dos atores do sistema penal: análise concreta e qualitativa de questões procedimentais e fundamentações das agências do sistema penal. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução – Da cultura punitiva ao encarceramento em massa: violações a Direitos Humanos e mortes no Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís/MA)

Até meados da década de 70, acreditava-se que a prisão seria substituída por mecanismos de controle social menos repressivos e mais difusos[1]. Ignácio Anitua, contando a história recente dos pensamentos criminológicos pelo mundo, nos mostra como as críticas sociológicas e criminológicas ao sistema penal do Estado de Bem Estar Social contribuíram para essa visão[2].

1. Loïc Wacquant escreve que nessa época "todos viram na prisão uma instituição em declínio inevitável, destinada a ser substituída no médio prazo por instrumentos de controle mais difusos, discretos e diversificados". WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 32.
2. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

Entretanto, a partir de 1975 até os dias de hoje, a prisão tem se mostrado como o grande instrumento de política criminal, principalmente nos Estados Unidos, que buscou exportar esse ideal político-criminal para o resto do mundo através da difusão das campanhas de "lei e ordem" e da internacionalização da política criminal calcada na "Tolerância Zero"[3].

Loïc Wacquant estudou o processo de crescimento das taxas de encarceramento nos Estados Unidos e na Europa a partir da sedimentação do ideário neoliberal, desvelando como a redução do Estado em diversos campos, sobretudo no social, gera a ausência de um estado de providência, e incremento de um estado penal[4]. Este incremento do estado penal se daria, em grande medida, através daquilo que o autor entende como o principal componente da política de "contenção repressiva dos pobres": o recurso maciço e sistemático ao encarceramento.

Aqui, na América Latina, acostumados que estamos em importar acriticamente modelos político-criminais dos ditos "países desenvolvidos"[5], estimulados por nossas elites proconsulares e seus "especialistas" desde os tempos do primeiro grande genocídio da história – o "genocídio inicial" presente na invasão das Américas[6] –, também o fizemos em relação ao expansionismo punitivo de nossa época.

No Brasil, podemos verificar em números (perspectiva quantitativa), o que significou o transplante do ideal político-criminal centrado na cultura encarceradora: de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional[7], o número de pessoas privadas de liberdade aumentou 575% de 1990 a 2014. Recentemente, ultrapassamos a Rússia em quantidade de presos, atingindo, assim, o terceiro lugar mundial em número de custodiados (mais de 715 mil). No Brasil, a taxa de crescimento da população carcerária vem apresentando índice anual de 7%,

3. WACQUANT, Loïc. *Op. Cit.*
4. WACQUANT, Loïc. *Op. Cit.*
5. DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
6. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma mesma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
7. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias [Infopen]. Brasília, 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-tercafeira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso: 22.06.2015.

ao contrário dos outros dois países com maior quantidade de presos[8], onde se percebe redução nas taxas. Mantido esse percentual, portanto, a previsão é que, em breve, o Brasil será o primeiro país no ranking mundial em população carcerária[9].

Por outro lado, pode-se dizer que além de um aspecto quantitativo de expansão do sistema punitivo, que se traduz no crescente aumento do número de presos, também se percebe um incremento qualitativo em relação ao uso extremado do encarceramento. A expansão do sistema penal também se verifica através da supressão de garantias fundamentais, tanto no momento processual penal de (re)construção discursiva e probatória do crime e do criminoso, como na desumanizadora execução da pena privativa de liberdade.

O déficit de vagas prisionais existentes – ocasionado pelo grande número de condenações e da utilização da prisão como regra, e não como exceção, e da pena como panaceia – gera superlotação carcerária e ausência de condições dignas de cumprimento de pena. Na prática, o encarceramento em massa é acompanhado por uma cultura de esquecimento do preso e de silenciamento das péssimas condições a que está submetido.

Lola Aniyar de Castro, falando da peculiaridade violenta dos sistemas carcerários da América Latina em relação aos países do chamado "primeiro mundo", qualifica-os como um "barril de pólvora sempre prestes a explodir".

> A superlotação, a falta de preparo do pessoal penitenciário, a má ou nenhuma alimentação, os problemas de epidemias e de saúde fazem de nossas prisões realidades que Dante não pôde sequer imaginar em sua poética descrição de Inferno.[10]

No estado do Maranhão, as condições subumanas de cumprimento de pena já eram denunciadas, pelo menos, desde 2006, quando visitas e relatórios de diversas organizações de direitos humanos já apontavam para uma "crise estrutural" no sistema penitenciário maranhense[11].

8. Estados Unidos e China.
9. Ministério da Justiça. *Op. Cit.*
10. CASTRO, Lola Aniyar. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos "concordes, seguros e capazes" *In:* VIEIRA, Pedro. (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008, p. 85-101.
11. Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Maranhão. Solicitação de Medidas Cautelares para proteger a vida e a integridade pessoal dos detentos do Centro de Detenção de Pedrinhas, da CCPJ e da CADET, 2013.

Relatório realizado pelo Conselho Nacional de Justiça sobre o complexo penitenciário de Pedrinhas[12], em São Luís, em 2011, descrevia algo parecido com o inferno a que se referia Lola Aniyar:

> Penitenciárias sujas, mal conservadas, com estruturas precárias e adaptadas, completamente desprovidas de condições mínimas para a existência humana. (...) Dentre as principais dificuldades podemos destacar: I – Estrutura precária das celas, ambiente insalubre, impróprio para habitação; II – Superlotação; III – Várias celas escuras, mal ventiladas e úmidas, algumas com odor fétido, quase que insuportável de excremento humano; IV – Reclamações quanto à qualidade da alimentação; V – Número insuficiente de agentes penitenciários e terceirização do serviço de custódia de presos, onde monitores exercem funções típicas de agentes penitenciários; VI – Falta de colchões para quase metade da população carcerária, que acaba dormindo no chão; VII – Atendimento médico, odontológico e medicamentoso deficiente ou inexistente; VIII – Ausência de local adequado para internar pacientes psiquiátricos; IX – Corrupção no sistema carcerário; X – Extrema violência nas unidades prisionais, com excessivo número de mortes; XI – Elevado número de rebelião; XII – Ausência quase que absoluta de atividades ocupacionais e educacionais.[13]

Ainda que os problemas estruturais, a superlotação, os maus-tratos e as torturas fossem a realidade de Pedrinhas há algum tempo, o complexo penitenciário ganhou as páginas de jornais internacionais apenas em 2013. De outubro a novembro daquele ano ocorreu uma série de rebeliões, que geraram a morte de

12. Fundada em 1965, em plena ditadura civil-militar brasileira, a Penitenciária de Pedrinhas se situa no bairro que leva o mesmo nome, à margem da BR-135, a aproximadamente 30 quilômetros do centro de São Luís, Maranhão. Inaugurada inicialmente como penitenciária agrícola, já naquela época, há relatos de que sua construção se deu de maneira precária e improvisada. Com o decorrer dos anos, Pedrinhas se tornou um complexo penitenciário e o maior centro de custódia de presos do Estado do Maranhão, abrangendo além da Penitenciária de Pedrinhas, as seguintes unidades: Centro de Triagem, Presídios São Luís I e II, Centro de Detenção Provisória (CDP), Centro de Custódia de Presos de Justiça (CCPJ), Casa de Detenção (Cadet), Penitenciária Feminina. Conectas Direitos Humanos, Justiça Global, Ordem dos Advogados do Brasil Seção Maranhão, Sociedade Maranhense de Direitos Humanos. Violação Continuada: Dois anos de crise em Pedrinhas, 2015. Disponível em: [www.conectas.org/arquivos/editor/files/conectas_relatorio_pedrinhas.pdf]. Acesso: 17.07.2016.

13. Conselho Nacional de Justiça. Relatório do III Mutirão Carcerário do CNJ, 2011. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/maranhao.pdf]. Acesso: 25.05.2016.

22 presos, alguns deles decapitados. Tais fatos levaram a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos (SMDH) e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Maranhão (OAB-MA) a peticionarem junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), requerendo medida cautelar, com a finalidade de que se cessassem as violações a direitos humanos, ocorridas dentro do complexo Penitenciário de Pedrinhas.

Em dezembro de 2013, a CIDH emitiu medida cautelar contra o Estado brasileiro. Ante a continuidade das mortes durante a vigência da medida cautelar (de dezembro de 2013 a agosto de 2014, mais 19 presos foram mortos em Pedrinhas), a CIDH requereu à Corte Interamericana de Direitos Humanos medida provisória[14]. Deferida a medida provisória em novembro de 2014, a Corte determinou ao Brasil solucionar imediatamente os altos índices de encarceramento em Pedrinhas – o que considerou determinante para aquela situação de crise –, bem como adotar medidas necessárias e efetivas para evitar novas mortes e danos à integridade dos presos.

Na solicitação de medida cautelar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a SMDH e a OAB-MA, narrando a permanente violência a que eram submetidos os custodiados em Pedrinhas, em síntese expunham o seguinte:

> A denúncia e a solicitação de medida cautelar, aqui interposta, referem-se às reiteradas práticas de violações de direitos humanos cometidas contra detentos que se encontram no sistema prisional do Estado do Maranhão, unidade da República Federativa do Brasil. Tais violações consistem, conforme será abordado nessa denúncia, em torturas, superlotação de estabelecimentos prisionais, inexistência de condições de salubridade dos locais de detenção, existência de organizações criminosas articuladas, falta de condições de trabalho e ressocialização, rebeliões, motins e, por fim, assassinatos e execuções dentro das unidades prisionais do Estado, principalmente no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, as quais ceifaram a vida de 153 pessoas no período de 2007 a 2013.[15]

As 22 mortes de presos, ocorridas de outubro a novembro de 2013, representaram o estopim de violações a direitos humanos, que desencadeou o

14. Sobre as medidas cautelares e provisórias na CIDH: [www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_medidas_provisionales.cfm?lang=es]. Acesso: 25.07.2015.

15. Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Maranhão. Solicitação de Medidas Cautelares para proteger a vida e a integridade pessoal dos detentos do Centro de Detenção de Pedrinhas, da CCPJ e da CADET, 2013.

peticionamento ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Segundo as entidades peticionárias, tais mortes estavam relacionadas diretamente à superlotação carcerária, na medida em que contribuiu para agravar a disputa dentre as facções[16] no complexo penitenciário de Pedrinhas.

O super encarceramento se relaciona a uma lógica de eficientismo penal. A ideia de que "a prisão funciona" e é o instrumento apto a conter o crime (ideia ancorada na defesa social) é o que legitima e permite o crescimento da população prisional em todo o país. Consequentemente, as agências do sistema penal operam voltadas a essa perspectiva eficientista, ainda que isso signifique, em muitos casos, a relativização de garantias processuais e alargamento interpretativo na valoração probatória no bojo processual penal.

16. Segundo as entidades peticionárias à CIDH, a superlotação carcerária fez agravar a disputa dentre as facções no complexo penitenciário de Pedrinhas. Os presos oriundos do interior do Estado eram frequentemente hostilizados pelos presos da capital. Em 2010, às vésperas da primeira grande rebelião com mortes e decapitações no Presídio São Luís (18 no total), unidade integrante do complexo de Pedrinhas, tem-se as primeiras notícias do funcionamento da facção denominada "Primeiro Comando do Maranhão" (PCM). Presos do interior – da região da Baixada Ocidental maranhense – transferidos para presídios federais de segurança máxima passam a ter contato com o "Primeiro Comando da Capital", de São Paulo, e, assim, fundam o PCM. Contrapondo-se ao PCM, presos da capital fundam o "Bonde dos Quarenta Ladrão". Muitas das mortes no sistema carcerário maranhense ocorreram em decorrência de disputas entre as facções. Tais disputas, somadas à superlotação e à mistura de presos de facções diferentes dentro da mesma cela ou ala agravaram a situação de exposição constante à morte. Publicação da *Human Rights Watch* sobre a crise penitenciária maranhense traz informações nesse sentido: "Em alguns casos, membros de facções criminosas mataram presos de facções rivais colocados em uma cela ou pavilhão controlado por eles. A.J., um detento, declarou que em junho de 2013 as autoridades penitenciárias de Pedrinhas transferiram 16 membros do Bonde dos 40 para uma área ocupada por membros do PCM. Ele atribuiu a decisão ao diretor da prisão, que não se se importou em verificar às quais facções os presos pertenciam. Por uma janela, A.J. viu membros do PCM matarem três presos transferidos com facas artesanais e um revólver. Os outros membros do Bonde dos 40 conseguiram escapar, alguns deles feridos, disse ele". Em 01 e 02 de outubro de 2013, cinco presos, que teriam sido identificados como integrantes do "Bonde dos Quarenta", foram decapitados e dois gravemente feridos no Centro de Detenção Provisória (CDP) do complexo penitenciário de Pedrinhas. Em 09 de outubro, em resposta àqueles ataques dos dias 01 e 02, 13 detentos identificados como pertencentes ao "Primeiro Comando do Maranhão" (PCM) foram mortos e outras dezenas feridos na Casa de Detenção. Human Rights Watch. 2015. Crise penitenciária impulsiona reforma. Audiências de custódia ajudam a combater a superlotação no Maranhão. Disponível em: [www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/2015ame_brazil_prisons_brochure_portuguese_lowres.pdf]. Acesso: 13.11.2016.

Se o Brasil vem aumentando seus índices de criminalização, pode-se dizer o mesmo em relação ao Maranhão. O crescimento da população carcerária no Estado foi de 31,6% entre 2007 e 2013[17]. Em vez de cumprir o que foi recomendado pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – "redução imediata nos índices de encarceramento"[18] –, o Maranhão vem fazendo exatamente o oposto.

Em dezembro de 2015, segundo informação da Secretaria de Estado e Administração Penitenciária, o complexo de Pedrinhas contava com uma população de 3.012 presos, para uma capacidade de 1.945 vagas – 55% além de sua capacidade. Dentre os custodiados, 1.823, ou seja, cerca de 60% eram presos provisórios, superando o índice nacional de 41%[19].

E o papel desempenhado pelos atores do sistema de justiça criminal – delegados e agentes de polícia, promotores, juízes, desembargadores –, no desenvolvimento processual penal, tem fundamental relevância nessa engrenagem que opera, tendo o rigor punitivo como pressuposto e que desemboca no abarrotamento das prisões brasileiras. O contexto de eficientismo penal gerador do super encarceramento condiciona a produção de determinados enunciados vertidos em peças processuais, relatórios, pareceres, decisões, sentenças. Daí porque o presente artigo analisa a forma como a materialidade linguística e discursiva do processo criminal de um daqueles mortos preso em Pedrinhas anuncia ilegalidades e violências estruturantes de uma prática judiciária (que se articula com a prática penitenciária) supressora de garantias fundamentais, identificando e selecionando, desta forma, quem "pode morrer"[20].

17. Ministério da Justiça. *Op. Cit*.

18. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução 11/2013 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Medida Cautelar 367/13. Assunto: Pessoas privadas de liberdade dentro do "Complexo Penitenciário de Pedrinhas" sobre o Brasil, 2013.

19. Ministério da Justiça. *Op. Cit*.

20. Foucault identifica, através do conceito de biopolítica, o corte entre quem deve morrer e quem deve viver. O exercício de poder não se dá apenas num nível cognitivo, ou seja, não é só mental e ideológico. Há também uma forma de controle de corpos enquanto população (biopoder), que diz "quem pode morrer". Foucault explica que o nascimento do racismo de Estado se relaciona ao que denomina "assunção da vida pelo poder", ou seja, o direito do soberano de "fazer morrer e deixar viver": "O efeito do poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o soberano pode matar". Foucault aponta, porém, para uma transformação do direito político (e das tecnologias de poder) no século XIX em complementação ao velho direito de soberania: um poder exatamente inverso, o poder de "fazer viver e deixar morrer",

O processo penal é, aqui, tomado como arquivo[21], cuja análise se dá não apenas através das peças judiciais que o compõem, mas também o compreendendo como um sistema de condições históricas que possibilitam "o aparecimento dos enunciados como acontecimentos singulares"[22]. A primeira morte que gerou o peticionamento à CIDH, e posterior condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, é o acontecimento singular que analiso através do arquivo processual penal onde aquele morto figurava como acusado.

Se a "realidade é opaca, existem zonas privilegiadas – sinais, indícios – que permitem decifrá-la"[23]. Através do processo criminal de um morto, busco pistas e indícios capazes de reconstruir, a partir de dados marginais considerados reveladores, o contexto de possibilidades concretas de produção de morte que se demonstram na atuação seletiva da criminalização secundária, na trama e nos fluxos processuais penais. Assim, busco refazer a história processual do morto a partir do que alguns fragmentos processuais "dizem" sobre aquela vida precarizada[24] que, de alguma maneira, pôde ser suprimida.

2. A operacionalidade dos sistemas penais latino-americanos: morte, deslegitimação, ilegalidade e seletividade

Ancorado numa perspectiva realista marginal, ou seja, que leva em conta elementos comuns ao passado colonial e ao pertencimento, posterior, à periferia do sistema capitalista, Eugênio Raúl Zaffaroni aponta a relevância do fator morte na atuação concreta dos sistemas penais latino-americanos. Em nossa região, "os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar

---

onde situa a biopolítica. "Como exercer o poder da morte, como exercer a função da morte, num sistema político centrado no biopoder? (…). É o meio de introduzir, afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer (…); a maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros". FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade. Curso no Collège de France (1975/1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

21. FOUCAULT, Michel. *Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Editora Universitária, 2008.
22. FOUCAULT, Michel. *Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Editora Universitária, 2008, p. 147.
23. GINZBURG, Carlo. Sinais. Raízes de um Paradigma Indiciário. *In:* GINZBURG, Carlo. *Mitos, Emblemas, Sinais*. São Paulo: Cia. das Letras. 1989.
24. BUTLER, Judith. *Vida percaria*: el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2006.

um marco social cujo signo é a morte em massa". Esses órgãos "operam com um nível tão alto de violência que causam mais mortes do que a totalidade de homicídios dolosos entre desconhecidos praticados por particulares"[25].

A constância da morte é, para Zaffaroni, o que evidencia, de forma mais contundente, a deslegitimação dos sistemas penais latino-americanos. É o fato mais notório em nossa região marginal e do qual pode derivar-se toda uma ética deslegitimante. Para o autor, tal deslegitimação se coloca para além dos limites teóricos porque atingiria diretamente a consciência ética, não requerendo qualquer demonstração científica, já que é perceptível: "ninguém nega que os mortos estão mortos"[26]. Assim, a deslegitimação do sistema penal na América Latina resulta da evidência dos próprios fatos, que se revela a partir do signo da morte em massa, operada pelo Estado através de um "genocídio em marcha, em ato"[27].

Para concluir pela irracionalidade e deslegitimação dos sistemas penais latino-americanos – o que é mais facilmente evidenciado pela histórica permanência da letalidade –, Zaffaroni parte da constatação de que a operacionalidade real dos sistemas penais se dá em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem: "a programação normativa baseia-se em uma 'realidade' que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente"[28], indicando haver uma contradição entre "ser" – forma como o sistema penal atua – e "dever ser" – forma como deveria atuar.

O autor argumenta que o sistema penal não atua de acordo com a legalidade, já que as agências que o compõem exercem seu poder em desconformidade com a programação legislativa. Destaca, assim, que nem a legalidade penal nem a legalidade processual se verificam na prática: o princípio da legalidade penal exige que o exercício do poder punitivo aconteça dentro dos limites previamente estabelecidos para a punibilidade, enquanto o princípio da legalidade processual exige que apenas os órgãos do sistema penal exerçam seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis. Isso significa não apenas que o sistema penal somente exerça seu poder na medida estrita da planificação legal, como também que o sistema penal sempre – em todos os casos – deveria exercer esse poder.

25. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 27.
26. ZAFFARONI. *Idem.*
27. ZAFFARONI. *Op. Cit.* p. 14.
28. ZAFFARONI. *Op. Cit.* p. 12.

> A legalidade não é respeitada nem mesmo no âmbito do sistema penal formal. O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses ("dever ser"). Mas as agências do sistema penal dispõem de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planificado (se correspondesse ao programado legislativamente, criminalizar-se-ia várias vezes toda a população). O sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce.[29]

Assim, Zaffaroni aponta que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere, mas sim para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis. A seletividade estrutural do sistema penal é, para o autor, a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal, já que o poder repressivo exercido pelo sistema penal só opera em um número insignificante das hipóteses de intervenção planificadas.

Desta forma, se a grande maioria das condutas criminalizáveis fica de fora do sistema penal, exatamente porque esse sistema não tem meios de persegui-las (cifras ocultas), a justiça penal se apresenta como uma organização que funciona seletivamente. Essa atuação seletiva recai, portanto, apenas sobre alguns indivíduos selecionados, sobretudo, de acordo com seus estereótipos. Nesse mesmo sentido, Alessandro Baratta afirma que a realidade do funcionamento do sistema penal pode ser interpretada como um "sacrifício simbólico do condenado considerado como bode expiatório"[30].

A seletividade com que atua o sistema penal é verificada quantitativa e qualitativamente. A cifra oculta é expressão dessa atuação seletiva quantitativa, já que a maior parte das condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, fica de fora da seleção realizada pelo sistema penal, enquanto a utilização de estereótipos na criminalização secundária, na rotulação do sujeito criminalizado, é a demonstração da incidência da seletividade qualitativa, que normalmente se dá sobre "a criminalidade tosca"[31].

---

29. ZAFFARONI. *Op. Cit.* p. 26.
30. BARATTA. Fundamentos do Direito Penal Mínimo. Para uma teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite da lei penal. Disponível em: [http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf]. Acesso em:19.09.2016, p. 11.
31. ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 50.

A criminalização primária, estabelecida pela lei penal, descreve condutas criminalizáveis abstratamente. A criminalização secundária, por sua vez, representa a criminalização em concreto, ou seja, é a efetiva captura do indivíduo selecionado pelo sistema penal. No momento dessa seleção, incidem os filtros de criminalização, filtros subjetivos que operam na tomada de decisão dos agentes policiais, delegados, promotores, magistrados, para rotular o criminalizado. É aí onde atuam as metarregras[32], relacionadas a determinadas visões de mundo e perspectivas ideológico-hegemônicas sobre "quem comete crime" e, portanto, pode ser criminalizado.

Nesse exercício seletivo de rotulação, Zaffaroni descreve a atuação de cada agência do sistema penal: as agências de comunicação de massa, que denomina de "fábricas de realidade do sistema penal" – determinantes na difusão de estereótipos de inimigo criminalizável no imaginário coletivo; as agências penitenciárias, que qualifica de "máquinas de deterioração"; a atividade de policização, desenvolvida pelas agências executivas; e a burocratização presente na atuação das agências judiciais[33].

O autor destaca que a atuação dessas agências ocorre de forma compartimentalizada. Assim, a ilegalidade processual penal, ainda que relacionada à ilegalidade contida na violência institucional da pena, estabelece-se a partir da atuação de cada agente como algo estanque, compartimentalizado, criando a percepção ilusória de que não haveria, portanto, um agente ou agência específica responsável pela grande quantidade de mortes, pela letalidade e violência estruturais com que atuam os sistemas penais.

Cada agência do sistema penal opera como um componente de uma "linha de montagem" compartimentalizada, que cria, configura e realiza o "criminoso",

32. Fritz Sack, autor vinculado à recepção alemã do "Labeling Aproach", distinguia, ao lado do conjunto de regras gerais de comportamento (que podemos identificar com as normas legais), outro conjunto de regras de interpretação e de aplicação das regras gerais, chamado de "metarregras", que podem ser associadas a "princípios e atitudes subjetivas sobre o momento da 'concretização' do direito, por ação dos operadores jurídicos". As metarregras (...) podem orientar-se, para o que Sack chama 'a questão científica decisiva', que ele relaciona à diferença intercorrente entre a criminalidade latente e a criminalidade perseguida: "o problema de como devemos representar o 'processo de filtragem' da população criminal, ou seja, em última análise, 'daqueles contra os quais, afinal, se pronuncia uma sentença em nome do povo". BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 105.

33. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

até se chegar a um produto final: o indivíduo criminalizado. É a atuação conjunta dessas agências que gera concretas possibilidades de mortes de determinadas "não pessoas"[34]. Daí porque Zaffaroni aponta que a necessidade de resposta à deslegitimação do sistema penal passa por buscar a diminuição de violência e de morte, ou seja, um caminho que não passe pela destruição de vidas humanas.

3. A ruptura epistemológica na criminologia: da criminologia da reação social à criminologia crítica

Zaffaroni destaca que a criminologia da reação social teve, sobretudo na América Latina, o grande êxito de cumprir uma função deslegitimante e irreversível em relação ao discurso jurídico-penal, demonstrando sua falácia, assim como desmentiu a criminologia etiológica[35], complemento teórico sustentador desse discurso. Daí, ser essa nova visão criminológica qualificada como um "impulso desestruturador" por alguns criminólogos[36].

34. "Alguns seres humanos têm negada sua condição de pessoas ao serem assinalados como inimigos da sociedade, sendo-lhes negadas garantias fundamentais resguardadas pelos direitos humanos e o direito de terem suas infrações penais sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal" (de garantias). Assim, Zaffaroni relaciona a atual forma genocida que toma o poder punitivo mundial com a criação de inimigos políticos, a partir de Carl Schmitt, constatando a contraposição entre o respeito aos direitos humanos ao genocídio operado: "As decisões estruturais atuais (...) limitam-se ao mero exercício de poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total". ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 17.

35. A criminologia de base etiológico-positivista tem como principais autores Lombroso, com sua Antropologia Criminal, Ferri, com sua Sociologia Criminal, e Garofalo, com sua "temibilidade do delinquente", que se tornaria, anos depois, a conhecida "periculosidade". Inicia-se nas últimas décadas do século XIX na Itália, com a escola positivista. Inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, esta escola analisa a criminalidade através da individualização de "sinais" antropológicos de criminalidade, observando clinicamente os indivíduos assim "assinalados" em zonas circunscritas: os cárceres e manicômios. Teria, portanto, a função de controle da sociedade, para, desta forma, manter a "ordem", já que daria base científica à pena como meio de defesa social aos indivíduos de padrão desviante. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

36. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

Em contraposição às formulações causais da criminologia positivista e etiológica, a criminologia da reação social, ou "labelling aproach", surge na Europa e nos Estados Unidos, no início de 60, como um movimento teórico que busca explicar que a criminalidade não pode ser entendida pelas condições individuais das pessoas tidas como criminosas, mas através da definição da própria criminalidade. Assim, não considera o criminoso como uma entidade natural a ser explicada, mas como realidade social que não é pré-constituída à experiência prática, mas constituída dentro desta experiência, através de processos de interação simbólica que a caracterizam.

A criminalidade passa a ser entendida como um processo onde os sujeitos – de um lado, o que se comporta como desviante e, de outro, o que define este comportamento como desviante – são colocados um de frente ao outro. Dessa forma, o comportamento desviante seria aquilo que outros definem (rotulam) como desviante. Não seria uma característica pertencente ao comportamento em si, mas que é atribuída a este comportamento[37].

Ao afirmar que a criminalidade não tem natureza ontológica, esta nova escola critica o pressuposto fundamental da criminologia positivista, passando a afirmar que a natureza da criminalidade é definida socialmente, relevando o papel do controle social em sua construção. Dessa maneira, ocorre uma profunda ruptura epistemológica e metodológica com a criminologia tradicional, um deslocamento do eixo investigativo, antes sobre a pessoa, e, agora, para a reação social que produz a conduta desviante, sobretudo para o sistema penal.

Assim, para a teoria do etiquetamento, mais apropriado que falar em criminalidade (e criminoso), é falar em criminalização (e criminalizado), já que há na atuação penalizante a atribuição de um *status* a determinados indivíduos, que ocorre mediante um processo duplo: a "definição" legal de crime, responsável por atribuir à determinada conduta o caráter criminal (criminalização primária), e a "seleção", responsável por etiquetar e estigmatizar um autor como criminoso dentre todos aqueles que praticaram a mesma conduta (criminalização secundária)[38].

A criminologia crítica, avançando em relação às concepções do "labeling approach", passa a reconhecer a dimensão do poder no processo criminalizante. Assim, parte da ideia de que a rotulação ocorre através da seleção de bens penalmente protegidos, de comportamentos que causam ofensividade a esses bens, e de indivíduos que são estigmatizados, entre tantos outros que realizam

37. BARATTA. *Op. Cit.* p. 56.

38. BARATTA. *Op. Cit.*

infrações penais, mas acrescenta que isto ocorre de acordo com o sistema socioeconômico. Afirma que esta seleção tem como pressuposto a manutenção da escala vertical da sociedade, das relações sociais de desigualdade que são reproduzidas na construção da criminalidade. O sistema penal e o cárcere têm a função de manutenção da hierarquia social, sendo garantidores da desigualdade e da reprodução das relações sociais desiguais.

> (...) O processo de criminalização e a percepção ou construção social da criminalidade revelam-se como estreitamente ligados às variáveis gerais de que dependem, na sociedade, das posições de vantagem e desvantagem, de força e de vulnerabilidade, de dominação e de exploração, de centro e de periferia (marginalidade). O sistema da justiça criminal e o seu ambiente social (a opinião pública) vêm estudados pela criminologia crítica, colocando em evidência e interpretando, à luz de uma teoria crítica da sociedade, a repartição desigual dos recursos do sistema (proteção de bens e interesses), bem como a desigual divisão dos riscos e das imunidades face ao processo de criminalização[39].

4. Construindo os caminhos metodológicos para a análise do caso concreto: como atuam nossos sistemas penais?

A análise arqueológica[40] do processo criminal – e do inquérito policial, na medida em que serve de base para iniciar a persecução penal – busca verificar em que medida o papel desempenhado pelas agências policial e judicial, componentes do "sistema de justiça criminal", tem relevância na configuração da morte.

O que se percebe da análise do contexto de produção de cadáveres em larga escala, e da permanência de tortura e maus tratos, é que a exposição à possibilidade concreta de morte é uma constante desenhada institucionalmente há, pelo menos, dez anos no sistema penitenciário do Estado do Maranhão. Mantida a lógica que segue, fazendo com que só aumentem os números do

39. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

40. Segundo Foucault "a arqueologia descreve os discursos como práticas especificadas no elemento do arquivo". A descrição arqueológica ocorre no interior das formações discursivas e revela a regularidade dos enunciados. FOUCAULT, Michel. *Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Editora Universitária, 2008.

super encarceramento, a tendência é que essa crise se aprofunde ainda mais, produzindo cada vez mais mortos.

Assim, a partir desse contexto de violação a direitos humanos e de produção de letalidade, "mandar alguém" para o complexo penitenciário de Pedrinhas tem efeitos concretos. O ato de cada agência componente do sistema penal na construção do criminoso é determinante para a posterior situação de morte. Porém, a atuação compartimentalizada das agências constrói uma blindagem, uma assepsia, que acaba por camuflar as ações genocidas empreendidas institucionalmente em determinados gestos e discursos.

Entretanto, cada agente do sistema penal, como indivíduo de uma formulação enunciativa, não está encerrado em si mesmo, exatamente porque, se o enunciado foi possível, o responsável pela emissão daquele enunciado só pôde fazê-lo mediante condições do regime regulador dos discursos[41].

Salo de Carvalho entende que:

> (...) imputar os problemas gerados pelo grande encarceramento que marca o cenário político-criminal nacional exclusivamente aos Poderes Legislativo (...) e Executivo, é simplificar o problema, eximindo a responsabilidade dos atores que atuam nas diversas agências que compõem a rede do sistema de justiça penal. Isto porque são os atores que diariamente presentificam as agências de punição e tornam concreta a atuação desta abstração denominada sistema penal (...); são estes atores que lhe conferem efetividade.[42]

O intento, portanto, é buscar entender e avaliar criticamente como se materializa o processo de constituição do criminoso e a atribuição dessa etiqueta no bojo da persecução penal estatal, verificando, no caso concreto, como os fluxos processuais foram determinantes para aquela situação de morte do acusado, sentenciado a cumprir pena privativa de liberdade em Pedrinhas. Assim, analisando a trama processual, seus fios e seus rastros[43], objetiva-se verificar como a maquinaria processual penal de poder punitivo fez com que aquele acusado estivesse dentre os decapitados no complexo penitenciário de Pedrinhas.

---

41. FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.*

42. CARVALHO, Salo de. *O* papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio De Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 59-60.

43. No sentido daquilo que é proposto por Ginzburg, com o paradigma indiciário. GINZBURG, Carlo. Sinais. Raízes de um Paradigma Indiciário. *In*: GINZBURG, Carlo. *Mitos, Emblemas, Sinais*. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

A pertinência e relevância dessa análise vai no sentido do afirmado por Vera Malaguti Batista:

> A dramaticidade da questão criminal em nossos países exige que nossa criminologia explique: "que são nossos sistemas penais, como operam, que efeitos produzem, porque e como nos ocultam esses efeitos, que vínculo mantém com o resto do controle social e do poder, que alternativas existem a essa realidade e como se podem instrumentar"[44].

Tomando por base o regramento processual penal brasileiro, observo em que medida ocorre o respeito às garantias fundamentais e processuais penais do acusado, e como os atores judiciais se comportam frente à sua busca por acessar direitos: como se dá (e se há) possibilidade de influência da defesa no ato de julgar; em que medida se efetiva o princípio do contraditório – entendido enquanto ciência e participação –; de que maneira se desenvolve a possibilidade de a defesa se contrapor à acusação e produzir provas (ampla defesa); como se materializa a motivação das decisões judiciais.

Objetiva-se, ainda, verificar como a atuação dos membros do "sistema de justiça criminal" (policiais, delegados de polícia, promotores e magistrados) pode indicar a existência de um código social ("second code", "basic rules") constituído de regras não oficiais (metarregras), que determinariam efetivamente a aplicação da lei penal e processual penal pelos agentes que exercem o controle penal.

Para proceder às observações propostas, alia-se ao arcabouço teórico-normativo-processual penal o instrumental teórico-metodológico multidisciplinar da análise (crítica) do discurso[45] – eminentemente qualitativo, a partir da

44. BATISTA, Vera Malaguti. O Realismo Marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo, 2007. Disponível em: [www.ovpsp.org/debate_teorico/debate_vera_malaguti.pdf]. Acesso em: 29.06.2015.

45. Utiliza-se a perspectiva da Análise Crítica do Discurso (ADC), de Norman Fairclough que entende o discurso como prática social. O "C" de ADC justifica-se pelo seu "engajamento com a tradição de uma 'ciência social crítica', que visa oferecer suporte científico para a crítica situada de problemas sociais relacionados ao poder como controle". Na perspectiva sociodiscursiva da ADC, a linguagem é parte irredutível da vida social, havendo, portanto, uma relação dialética entre discurso e estrutura social, em que o discurso molda a relação social, mas também é moldado por esta (noção constitutiva): "questões sociais são, em parte, questões de discurso" e vice-versa. RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. *Análise de discurso crítica*. São Paulo: Contexto, 2006. Prática social é entendida como uma entidade intermediária, entre (em mediação com) as estruturas sociais mais fixas e as ações individuais mais

conjugação da linguística com a teoria social do discurso. Assim, se parte da premissa de que:

> (...) a linguagem se mostra como recurso capaz de ser usado tanto para estabelecer como sustentar relações de dominação como, ao contrário, para contestar e superar tais problemas.[46]

Se nossos sistemas penais operam a partir de uma realidade genocida, é necessário "ouvir as palavras dos mortos", isto é:

> (…) averiguar se os cadáveres são tais porque as palavras contribuíram para condicionar (ou para não evitar) as condutas que os converteram em cadáveres, posto que é assim que as palavras matam, é assim que a linguagem mortífera opera, ou seja, legitimando, mostrando ou ocultando, descobrindo ou encobrindo.[47]

5. Analisando o processo e os discursos dos atores do sistema penal: análise concreta e qualitativa de questões procedimentais e fundamentações das agências do sistema penal

A análise se centra em alguns momentos processuais chave, onde se materializam os chamados "filtros de criminalização". O primeiro filtro realizado pela criminalização secundária se dá pelas agências policiais, responsáveis pela investigação preliminar. Encerrado o inquérito, a autoridade policial tem dois possíveis caminhos a seguir: se não estiverem presentes provas de autoria ou de materialidade, ou, ainda, se o fato não constituir crime, deve requerer o arquivamento. Não sendo o caso de arquivamento, indicia formalmente o acusado, encaminhando o inquérito ao Ministério Público.

---

flexíveis. Práticas sociais são "maneiras recorrentes, situadas temporal e espacialmente, pelas quais agimos e interagimos com o mundo (FAIRCLHOUGH, 1999)". "Isso significa que o fluxo de nossa vida diária sempre envolve ação e interação, relações sociais, pessoas (com crenças, valores, atitudes, histórias etc.), mundo material e discurso (FAIRCLHOUGH, 2003)." RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane. *Análise de discurso (para a) crítica:* o texto como material de pesquisa. Campinas: Pontes Editores, 2011.

46. RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane. *Análise de discurso crítica*, *cit*. p. 13.

47. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos*: Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

O segundo filtro subjetivo da criminalização secundária é, então, operado pelo Ministério Público, na medida em que a opção ministerial, por denunciar, requerer novas investigações ou arquivar o inquérito, é autônoma e independe da conclusão realizada pela polícia. O Ministério Público analisa formal e materialmente as possibilidades de imputação com base nos dados colhidos na investigação preliminar e, estando presentes as condições da ação, realiza o oferecimento formal de denúncia. O oferecimento da denúncia estabelece, portanto, o terceiro filtro ao processo de criminalização.

A relação processual penal se concretiza apenas com o recebimento da denúncia pelo magistrado, através de decisão judicial motivada, quando o acusado adquire a condição de réu. Assim:

> (...) somente após o caso passar por três filtros de análise, em três distintas agências penais, inicia-se efetivamente o processo penal, com instrução processual regida pelos princípios ínsitos ao sistema acusatório do *due process of law* (princípios da presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, proibição de prova ilícita, *nemo tenethur se detegere*, motivação dos atos judiciais, *in dubio pro reu*, duplo grau de jurisdição)[48].

Ao final da instrução probatória e após a manifestação da acusação e da defesa, o juiz profere decisão sobre o caso, absolvendo ou condenando o acusado.

Analiso cada um desses "filtros de criminalização" através do *corpus* de análise proposto: o processo criminal de um morto custodiado em Pedrinhas, borracheiro, criminalizado pelo delito de receptação de pneus, qualificado pela atividade comercial (ter em depósito pneus sem notas fiscais em uma borracharia). Busco verificar a forma como, "por meio de recursos linguístico-discursivos empregados no texto, constrói-se uma representação particular da realidade e de identificações particulares para os atores envolvidos, e como, assim, o texto age sobre o mundo e sobre seus leitores"[49].

A denúncia, oferecida pelo Ministério Público do Estado do Maranhão, contra o borracheiro E.J.P. inaugura os fragmentos discursivos que noticiam o trágico encontro do acusado com o poder judiciário-punitivo. De acordo com a inicial acusatória:

48. CARVALHO. *Op. Cit.* p. 65.

49. RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane. *Análise de discurso (para a) crítica: O texto como material de pesquisa.* Campinas, SP: Pontes Editores, 2011, p. 117.

> (...) em decorrência de *denúncia*[50] de receptação de pneus e congêneres, alguns agentes policiais da delegacia de roubos e furtos se deslocaram até a borracharia V. (...). Ao chegarem ao local, encontraram grande quantidade de pneus e calhas *sem notas fiscais* (...). A testemunha C.M. disse, *reservadamente* aos agentes, que os elementos conhecidos como G, *morador do bairro da Liberdade,* e um outro, conhecido por CC, sempre iam à borracharia e vendiam *pneus e calhas furtadas*, nas ruas, ao seu patrão (...). (grifei).

No entanto, a peça acusatória não demonstra como a referida "testemunha" sabia (ou presumia) que aqueles objetos eram furtados.

Em vez de o membro do Ministério Público requerer novas diligências investigatórias para buscar demonstrar a plausibilidade (probabilidade) daquela afirmação, contentou-se em ajuizar a ação penal apenas fazendo referência aos pneus como "furtados", naturalizando a afirmação. O recurso linguístico utilizado para demonstrar a plausibilidade da informação de que os pneus eram "furtados" foi a menção ao fato de que o possível furtador era "morador do bairro da Liberdade", bairro pobre de São Luís, e de que os pneus e calhas não teriam notas fiscais.

Da análise do auto de prisão em flagrante (APF) – integrante do inquérito policial e, portanto, pertencente ao primeiro filtro de criminalização – não fica, da mesma forma, esclarecida qual a origem da *noticia criminis*, nem como surgiram as "informações" que teriam levado os policiais até a borracharia. Não se sabe quem teria procurado a polícia para informar sobre a ocorrência de receptação, nem se isso efetivamente ocorreu. Vejamos parte da transcrição do APF:

> (...) diligenciou até (...) a borracharia V., pois segundo *informações*, naquele local, estava depositada uma grande quantidade de pneus novos e calhas de pneu de liga leve *proveniente de furto,* pois o condutor e seus colegas *tinham informes* de que o proprietário daquele estabelecimento (...) estava comercializando *pneus que eram furtado*s em via pública (...) *pneus estes que ele comprava de meliantes que furtavam* os mesmos em via pública. (grifei).

Não é possível verificar, através do APF, como adveio a dita "informação" da origem ilícita dos pneus. Entretanto, a atribuição dos pneus ao fato de terem sido furtados é o recurso linguístico utilizado para naturalizar, nesse discurso, sua qualidade de furtados.

50. O termo "denúncia" nesse trecho inicial é usado de forma não técnica. Na verdade, está se referindo a *noticia criminis*.

Os depoimentos dos policiais e a denúncia do Ministério Público apontam que o funcionário da borracharia C.M. afirmou, "em conversa informal" com os policiais, sobre essa origem ilícita, mas não fica claro de que maneira C.M. sabia, efetivamente, que os referidos pneus seriam objetos de furto:

> (...) durante a ação o condutor e seus colegas conversaram *informalmente* com o funcionário do conduzido, senhor C.M., e este relatou que seu patrão E.J.P. comprava os *pneus furtados* em via pública de um meliante do bairro da Liberdade, conhecido por G, que ia quase todos os dias levar *pneus furtados* para E.J.P. comprar. (grifei).

C.M. não informa como teria conhecimento de que esses pneus eram furtados, conforme se verifica da transcrição de seu depoimento prestado em delegacia:

> (...) *sabe* que seu patrão comprava os pneus e calhas de dois meliantes conhecidos como G e CC; que viu frequentemente ambos irem a borracharia *vender os pneus que furtavam em via pública*, não sabendo informar por quanto E.J.P. comprava os pneus (...). (grifei).

A utilização do verbo "sabe" no presente do indicativo é o marcador linguístico utilizado, na transcrição policial do referido depoimento, para cristalizar a ideia de que os pneus tinham sido furtados, sem, porém, indicar *como* sabia ou *como* teria chegado a tal informação.

Os depoimentos dos agentes policiais, assim como a lavratura do APF pelo delegado de polícia, simplesmente presumem a origem ilícita dos pneus, já que em nenhum momento há o apontamento de que esses bens teriam sido efetivamente subtraídos, nem a forma como teriam sido subtraídos, nem de quem teriam sido subtraídos. Vejamos o depoimento de um dos policiais na delegacia:

> (...) encontraram uma grande quantidade de pneus novos, (...) além de calhas novas e seminovas (...) *de origem ilícita*; que chamado a explicar a procedência dos materiais, o conduzido disse (...) que não tinha notas fiscais dos mesmos pois eram adquiridos de pessoas desconhecidas que lhe procuravam para vender pneus de suas propriedades (...); que *diante das evidências de crime de receptação*, o condutor lhe deu voz de prisão em flagrante (...). (grifei).

Com base nas informações acima transcritas, o delegado de polícia lavrou o APF, concluindo da seguinte forma:

> (...) a conduta do autuado amolda-se perfeitamente ao proibitivo legal (...), *pois se percebe nos autos, pelo conjunto probatório nele existente, que o condu-*

> *zido era pleno conhecedor da procedência ilícita do material apreendido em seu poder* (...). *Não há como negar que a borracharia de propriedade do conduzido servia de fachada para a prática delitiva* (...), conforme relata a testemunha C.M (...), que inclusive declinou os nomes dos *meliantes que furtavam os pneus para depois revender ao conduzido*, reforçando de forma cabal o entendimento de que era plenamente sabedor da natureza criminosa dos produtos. (grifei).

A utilização da expressão "não há como negar" é o recurso de linguagem utilizado para trazer uma certeza que, porém, os elementos informativos constantes do inquérito policial não trazem.

A mesma presunção da origem ilícita dos pneus – através da cristalização da ideia de que tinham sido furtados –, criada na fase inquisitorial, onde não são observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, será, porém, utilizada até a fase final do procedimento de primeiro grau, quando da prolação da sentença condenatória, como veremos mais adiante. Por ora, é importante relacionar o que foi, até agora, trazido dos elementos do inquérito com as considerações sobre a atuação das agências dos sistemas penais trazidas anteriormente por Zaffaroni. A dita "conversa informal" dos policiais com o principal depoente sobre o caso (C.M., funcionário da borracharia), e o não conhecimento da origem da *noticia criminis,* demonstram concretamente o exercício de um poder punitivo exercido à margem da legalidade penal e processual penal. A presunção de que ocorreram furtos dos pneus que não tinham notas fiscais configura E.J.P. como receptador.

A denúncia narra que "após a divulgação da prisão do denunciado várias pessoas compareceram à delegacia *apresentando as ocorrências policiais sobre furtos de pneus e calhas*". Aqui, a utilização do verbo no gerúndio ("apresentando") leva à impressão de que as ocorrências teriam sido lavradas anteriormente e apresentadas após a notícia da prisão do acusado. Mas não foi o que ocorreu. Observando-se as datas de lavraturas, verifica-se que a grande maioria das ocorrências foram lavradas *depois* da prisão do acusado. Dos 21 boletins de ocorrência de furtos (consumados em diversos locais da cidade de São Luís) juntados aos autos do inquérito, apenas três foram lavrados antes da prisão do acusado, sendo que alguns foram registrados quase um mês após os fatos.

Essas 21 ocorrências de furtos de pneus geraram "Termos de Entrega e de Reconhecimento de pneus"[51]. Não há, porém, qualquer informação no inquérito sobre *como* essas pessoas reconheceram seus pneus furtados como sendo aqueles que estavam na borracharia de E.J.P.: não há qualquer numeração de

51. Presentes da fl. 19 à fl. 21 dos autos do inquérito policial.

série ou identificação que dê certeza de que se tratavam dos mesmos pneus. Tais pessoas, inclusive, em sua maioria, informaram que não sabiam quem foram os autores dos furtos de seus pneus. Grande parte desses "reconhecimentos" de pneus se deu a partir do fato de que os pneus encontrados na borracharia eram pneus de veículos do tipo caminhonete, e as pessoas que tiveram seus pneus furtados possuíam caminhonetes.

Pode-se dizer, no mínimo, que houve uma pressuposição pelo delegado de polícia, corroborada pelo membro do Ministério Público, de que os pneus encontrados na borracharia V. seriam os mesmos pneus daquelas pessoas que tiveram seus pneus furtados e foram ouvidas em sede policial.

A Análise Crítica do Discurso (ADC) define as pressuposições como:

> (...) proposições tomadas pelo produtor do texto como já estabelecidas ou "dadas", que podem ser engatilhadas por diversos recursos linguísticos. Essas proposições são incluídas (...) na categoria de implícitos não discursivos, ou seja, implícitos que decorrem necessariamente do sentido acionado por marcadores linguísticos, que podem ser sentenças clivadas, verbos factivos, artigos definidos e outros. Como, de acordo com Fairclough, "apontam para o consenso, a normalização e a aceitação, suprimindo diferenças de poder", pressuposições constituem um aspecto relevante do potencial ideológico da intertextualidade[52].

A partir das contribuições teóricas da perspectiva criminológica da reação social, pode-se dizer que, no momento em que o delegado de polícia pressupõe que os pneus encontrados na borracharia V. eram os pneus furtados dos depoentes, ocorre, na materialidade concreta do processo penal analisado, a primeira "construção do crime" e da "criminalidade", atribuindo um significado social – crime – a uma ação ou fato social – ter pneus sem notas fiscais em depósito, em uma borracharia de um bairro pobre da capital maranhense.

Parece ser esse o sentido da afirmação trazida por Ignacio Anitua, quando, ao escrever sobre a maneira como o "labeling" percebe a atribuição da etiqueta de criminoso ao indivíduo criminalizado, ressalta que:

> (...) o fato concreto não existe como delito além do contexto no qual este significado lhe é atribuído. Ele é produto, pois, de uma negociação que tem lugar na interação na qual um sujeito implicado recebe a "etiqueta" de delinquente[53].

52. RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane. *Análise de discurso (para a) crítica:* O texto como material de pesquisa. Campinas, SP: Pontes Editores, 2011, p. 174.

53. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

O fato de o inquérito policial ter como algumas de suas características o sigilo e a ausência de contraditório não deveria permitir, porém, que não houvesse clareza nos autos sobre como se chegou até aquela "informação" da origem ilícita dos pneus em questão. E o que se verifica da análise detida do processo é que aquela pressuposição criada pelo delegado de polícia e corroborada pelo Ministério Público (ao denunciar com base em meras "informações") é concretizada na sentença criminal em forma de condenação.

A sentença condenatória (que deveria ser o quarto filtro de criminalização) igualmente pressupõe a origem ilícita dos pneus. Podemos observar essa pressuposição em diversos trechos da sentença. Destaco o primeiro: "Um funcionário da borracharia *revelou* aos policiais que os elementos conhecidos como G e CC *sempre compareciam e vendiam pneus e calhas furtadas na rua a seu patrão*".

É importante destacar que a sentença dá por certa essa "revelação" por parte do funcionário da borracharia, tanto que não faz referência ao fato de que isso era o alegado pelo Ministério Público na denúncia. Não coloca essa asserção entre aspas, mas incorpora o que foi narrado pelo órgão ministerial como parte da decisão (na seção referente ao relatório) –, o que já daria azo ao questionamento da imparcialidade com que deveria ter sido conduzida aquela decisão condenatória, por violar o sistema acusatório. Essa incorporação do que é dito sem atribuir a outra pessoa (locutor), ou texto (discurso), é categorizado pela Análise Crítica do Discurso (ADC) como "narrativização"[54].

Apesar do que é narrativizado na sentença, esse funcionário mencionado (C.M.) não foi ouvido como testemunha em juízo, em sede de instrução processual penal, tendo sido ouvido apenas na fase inquisitorial.

É relevante, ainda, observar que a sentença chama de "testemunha" alguém que não foi ouvido na instrução processual: "a *testemunha* de fls. 09, funcionário da borracharia, afirmou (...)". Assim, materializa-se aquilo que a ADC denomina de "presunção valorativa" (relacionada à categoria da "avaliatividade"[55]): "um

54. RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane. *Análise de discurso (para a) crítica: O texto como material de pesquisa*. Campinas, SP: Pontes Editores, 2011, p. 63.

55. Tal categoria é caracterizada por avaliações, que são "apreciações ou perspectivas do/a locutor/a, mais ou menos explícitas, sobre aspectos do mundo, sobre o que considera bom ou ruim, ou o que deseja ou não, e assim por diante (...). Como maneira particular de se posicionar diante de aspectos do mundo, avaliações são sempre parciais, subjetivas e, por isso, ligadas a processos de identificação particulares". RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane. *Análise de discurso (para a) crítica: O texto como material de pesquisa*. Campinas, SP: Pontes Editores, 2011, p. 119.

elemento avaliador implícito, com conotação positiva latente"[56]. A magistrada sentenciante valora positivamente, elevando aquela afirmação em sede policial ao *status* de prova, ao nomear como testemunha alguém que não foi ouvido como efetiva testemunha, ou seja, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como determina, aliás, o art. 155 do Código de Processo Penal[57].

Em relação àquela que chama de "testemunha" sem o ser, a magistrada a valorou positivamente. Já em relação às testemunhas arroladas pela defesa do acusado, a valoração se deu de forma negativa, tanto que o único trecho da sentença que faz menção às provas produzidas pela defesa durante a instrução criminal é o seguinte: "as testemunhas da defesa nada acrescentaram para a elucidação dos fatos".

Apesar do apagamento discursivo que a sentença realiza sobre as provas defensivas, é o seguinte o seu conteúdo – que transcrevo em sua totalidade: "que já negociou pneus rodados de seu táxi com o acusado e entregou um pneu novo e entregou dois pneus usados"; "que já negociou pneus usados de seu carro com o acusado"; "que vendeu pneus novos com três dias de comprados ao acusado". Verifica-se, portanto, pelas transcrições acima, que as testemunhas esclareceram que já realizaram compras e vendas de pneus novos e usados com o acusado, mas isso não é levado em consideração pela magistrada ao sentenciar, excluindo de sua atividade julgadora o que é trazido como prova pela defesa.

Além de valorar negativamente as testemunhas de defesa – categoria da "avaliatividade" da Análise Crítica do Discurso, vista mais acima – a sentença *excluiu* qualquer referência ao interrogatório do acusado, como se ele não tivesse ocorrido. É de se observar, entretanto, que grande parte da doutrina processual penal reconhece que o interrogatório é tanto meio de defesa como meio de prova.

Esses mecanismos de supressão de vozes e de discursos de determinados locutores são caracterizados pela ADC como "exclusão" e estão ligados às maneiras de "representação de atores sociais", ou seja, ao modo como as visões

56. RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane. *Análise de discurso (para a) crítica: O texto como material de pesquisa.* Campinas, SP: Pontes Editores, 2011, p. 120.

57. Art. 155 do Código de Processo Penal Brasileiro: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

de mundo de quem enuncia estão presentes na forma como enunciam seus discursos em relação a outros atores sociais:

> São as maneiras como atores sociais são excluídos, incluídos e representados em textos. (...) As maneiras como atores sociais são representados em textos podem indicar posicionamentos em relação a eles e a suas atividades. Certos atores, por exemplo, podem ter sua agência ofuscada ou enfatizada em representações, podem ser representados por suas atividades ou enunciados, ou ainda podem ser referidos de modos que presumem julgamentos acerca do que são ou do que fazem[58].

Essa pressuposição de julgamento, associada às presunções vistas acima, em uma sentença criminal, viola o sistema acusatório, o contraditório e a ampla defesa. E certamente essa pressuposição de julgamento foi determinante para que a sentença fosse condenatória. Assim, a circularidade de argumentos da sentença e a narrativização de afirmações contidas na peça acusatória substituíram, na prática, a necessidade de que a condenação fosse baseada em provas.

Destaco a circularidade de argumentos existente na sentença: "A materialidade do delito está comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante, Auto de Apresentação e Apreensão, Termos de Entrega, Termos de Depósito". A sentença narra que a materialidade do crime está comprovada onde ela não está. Como visto, o Auto de Prisão em Flagrante e os Termos de Entrega e de Reconhecimento dos pneus em nada esclarecem sobre a origem ilícita dos pneus, limitando-se a informar que algumas pessoas foram vítimas de furtos de pneus, porém, não trazem qualquer nexo de causalidade que demonstre relação entre esses pneus furtados e aqueles que estavam na borracharia de E.J.P.

Observemos, então, o que narra a sentença sobre as provas testemunhais da acusação, colhidas na instrução processual, para buscar verificar se poderiam ter embasado a condenação:

> A primeira testemunha de fls. 157 aduziu que "confirma que fez uma ocorrência de furto de pneu-estepe de seu veículo. Que pela televisão tomou conhecimento da prisão do acusado, daí resolveu ir à delegacia. Que na delegacia de polícia reconheceu o pneu-estepe que havia sido roubado do seu veículo. Que pela televisão tomou conhecimento que a apreensão do seu pneu foi feita em uma borracharia. Que nunca tinha feito nenhum tipo de

58. RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane. *Análise de discurso (para a) crítica: O texto como material de pesquisa*. Campinas, SP: Pontes Editores, 2011, p. 62.

> serviço na borracharia do denunciado. Que reconheceu o estepe subtraído na delegacia de polícia, onde foi restituído". A segunda vítima de fls. 161 declarou que "foi vítima de um assalto à mão armada, dia 30.12.2009, onde levaram sua caminhoneta. Que no dia seguinte o veículo foi recuperado e foi encontrado sem o pneu-estepe, sem placas e chave de roda. Que tomando conhecimento através da mídia da prisão do acusado, o depoente compareceu à delegacia de Roubos e Furtos e ali identificou seu pneu-estepe juntamente com a calha. Que ao depoente foi devolvido o pneu subtraído juntamente com a calha. Que nunca fez qualquer tipo de serviço na borracharia do acusado". A terceira vítima de fls. 176 asseverou que, no início do ano de 2009 teve seu pneu-estepe furtado, sendo que após a notícia da prisão do réu, pelo cometimento de delitos dessa natureza, dirigiu-se à delegacia e reconheceu o seu bem subtraído dentre os apreendidos, sendo-lhe restituído. A testemunha de fls. 159, policial civil que participou das diligências, afirmou que "teve conhecimento que vários pneus de veículos utilitários vinham sendo subtraídos no centro da capital. Que tinha uma pessoa suspeita, dono de uma borracharia na Av. dos Africanos que estaria vendendo pneus novos e seminovos de veículos utilitários e outros. Chegando ao local, o proprietário não estava, somente um empregado da borracharia e feito um contato por telefone, quando o agente se apresentou como possível comprador de pneu, o acusado compareceu na borracharia para negociar a venda. Naquele instante o agente disse para o acusado que se tratava de uma diligência policial, em face da denúncia, e portanto iam fazer uma busca na citada borracharia a fim de identificar a procedência das mercadorias. Foi constatado um elevado número de pneus, cerca de 60 a 70, quase todos com calhas, além de não ter sido apresentada nota fiscal de tais mercadorias. Que com relação a proporção da quantidade de pneus novos e se tratando de um pequeno estabelecimento e sem as respectivas notas fiscais, o agente juntamente com sua equipe deu voz de prisão ao acusado, por violação do delito (*sic*) de receptação".

Transcrevo toda a sentença na parte relativa à produção de provas, não tendo sido feito nenhum recorte exatamente para mostrar que nenhuma das testemunhas-vítimas (que, na verdade, deveriam ser nomeadas de "informantes") esclarece como identificou que o pneu, a que teve acesso na delegacia de polícia, era exatamente o seu pneu que teria sido anteriormente furtado.

A sentença condenatória torna letra morta o princípio basilar, segundo o qual, na dúvida, se deveria concluir pela absolvição. Ademais, como dito acima, utiliza, para condenar a informação contida no inquérito policial não repetida na instrução processual: o depoimento do funcionário C.M. Assim, não tendo sido ouvido em juízo o mencionado funcionário, não houve prova

produzida no sentido de como teriam sido furtados – e se, efetivamente, teriam procedência ilícita – os pneus encontrados na borracharia V.

O que se verifica é que há uma presunção repetida por todos os atores das diferentes agências do sistema penal. E esta presunção, ao contrário do que é determinado pelo mandamento constitucional, não é de inocência, mas de culpabilidade, tomando como certa a origem ilícita dos pneus, atribuindo-lhes a qualidade inerente de "furtados". O mais grave, porém, é que essa presunção seja reiterada na sentença condenatória pela magistrada, agente que deveria resguardar as garantias processuais penais do acusado.

Além da ilegalidade processual penal verificada, também, em relação à pena aplicada em concreto ao acusado (agora condenado), observam-se ilegalidades. Destaco trecho da sentença:

> Passarei à aplicação das penas: Atenta às diretrizes do art. 59 do Código Penal, quanto à culpabilidade do acusado, visto que, como comerciante, *agiu com dolo, ao comprar objetos de origem criminosa, mantendo-os em depósito para vendê-los*; não possui antecedentes; não há notícias que desabonam sua conduta social e personalidade; ao motivo dos crimes, que visou o lucro fácil e em detrimento do patrimônio alheio*; às circunstâncias e consequências dos crimes, que se valeu de um crime anterior para obter vantagem própria, causando transtornos e prejuízos patrimoniais às vítimas*, aplico-lhes as seguintes penas: Fixo-lhe a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 180, § 1º, do Código Penal, não havendo agravantes e atenuantes, aumento em 1/2, que corresponde a 02 (dois) anos, em razão dos crimes terem sido cometidos em continuidade delitiva (art. 71 CP), tornando-a definitiva em 06 (seis) anos de reclusão.

Observa-se que os argumentos trazidos pela magistrada, na sentença, para elevar a pena base para além do mínimo legal, não encontram resguardo no Direito Penal, ou seja, na legalidade penal. O dolo, usado na sentença como circunstância desfavorável, relativa à culpabilidade, na verdade, desde a Reforma do Código Penal de 1984, é elemento subjetivo do tipo penal, logo, já valorado quando da conclusão pela tipicidade da conduta. Já "ter se valido de crime anterior" é elemento normativo do tipo penal, igualmente valorado quando da análise da tipicidade. A dupla valoração de circunstâncias, uma vez como critério para entender o fato como crime (tipicidade), e outra para aumentar a pena base, viola o princípio do *ne bis in idem*. Assim, verifica-se, concretamente, porque Salo de Carvalho tem razão quando afirma que a primeira fase de aplicação da pena é aquela na qual residem os maiores problemas

e dificuldades judiciais, por ser esta a fase onde há uma maior prevalência de categorias abertas[59].

Já na terceira fase de aplicação de pena, nota-se que a magistrada não fundamenta o porquê do aumento em 1/2, quando da aplicação da majorante relativa ao crime continuado. O art. 71 do Código Penal prevê possibilidade de aumento que varia de 1/6 a 2/3, de forma que o princípio constitucional de necessidade de fundamentação de decisões judiciais também é violado quando ocorre aumento para além do mínimo de 1/6, sem a devida fundamentação dos motivos para tanto.

A dupla valoração de circunstâncias, fazendo com que ocorra o *bis in idem* – na primeira fase – e a ausência de fundamentação para o aumento de pena – na terceira fase –, violando a legalidade penal na aplicação da pena em concreto, vão no sentido daquilo que é apontado por Salo de Carvalho como um processo de densificação das penas, característico das políticas (criminais) punitivistas, a partir da violação de garantias penais materiais ou processuais constitucionalizadas[60].

É importante verificar que tais violações à legalidade penal operadas na aplicação da pena em concreto são, no processo analisado, as responsáveis por fazer aquele sentenciado pelo delito de receptação – que normalmente não levaria ao encarceramento, já que não teria o regime semiaberto como o imposto, ainda que na forma qualificada – a cumprir pena em Pedrinhas. Isso porque a receptação qualificada (art. 180, § 1º, Código Penal), tem pena de três a oito anos, mas no processo em questão foi fixada definitivamente em seis anos de reclusão. Note-se que com tal fixação se impediu que o sentenciado cumprisse a pena em regime aberto, ainda que fosse primário, "não reincidente", "de bons antecedentes", e não "se dedicasse a atividade criminosa".

Salo de Carvalho destaca que, nesse processo de densificação de penas, as violações mais recorrentes às garantias penais materiais ou processuais constitucionalizadas são exatamente aquelas encontradas no processo que levou E.J.P. a Pedrinhas:

> (...) a) violação do princípio da motivação mínima das decisões, em razão de fundamentação deficiente ou omissão de fundamentação; b) violação do princípio do *ne bis in idem*, pela aplicação cumulada de circunstâncias elementares do tipo penal imputado na aplicação da pena (...); c) violação

59. CARVALHO, Salo. *Op. Cit.*

60. CARVALHO, Salo. *Op. Cit.*

> do princípio do contraditório, pela utilização de argumentos de impossível refutabilidade (...); d) violação do princípio da legalidade, através da utilização de metarregras ou circunstâncias não previstas em lei para graduar o juízo de reprovação; e) violação do princípio da livre apreciação da prova, pela aplicação tarifada de circunstâncias a partir de determinadas regras (...); g) violação do princípio da secularização, na apreciação eminentemente moral(ista) das circunstâncias do delito ou do imputado, reproduzindo modelo de direito penal de autor[61].

Salo conclui que "desde o local da criminologia, o diagnóstico a que se chega é o de que o resultado concreto deste modelo produz uma ampliação das hipóteses criminalizadoras, com a potencialização do punitivismo"[62]. No caso relativo ao processo de E.J.P., aqui analisado, essa potencialização do punitivismo produziu a possibilidade (posteriormente concretizada) de morte.

Nota-se, portanto, que a incidência das instituições penais na captura do indivíduo selecionado traz discursos que extrapolam os limites legais (violam a legalidade penal e processual penal) e se baseiam em discursos minimizadores de garantias fundamentais a determinadas (não) pessoas, através de um processo de naturalização da exceção, convertendo o processo penal em instrumento (e não freio) aos aparatos da segurança pública, através de uma lógica punitiva reverberada para dentro do próprio processo penal. Esse tratamento violador de garantias é destinado, segundo Zaffaroni, a alguns seres humanos que:

> (...) têm negada sua condição de pessoas ao serem assinalados como inimigos da sociedade, sendo-lhes negadas garantias fundamentais resguardadas pelos direitos humanos e o direito de terem suas infrações penais sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal[63] (de garantias).

As fundamentações da decisão judicial analisada estão calcadas em determinadas visões de mundo (tomadas como majoritárias) e em discursos sustentadores de uma forma hegemônica e ideológica de se observar a questão jurídico-penal. Tais visões se associam à criminalização seletiva da pobreza e ao racismo institucional, através da eleição de bodes expiatórios como solução ao problema das cifras ocultas.

O discurso jurídico dos magistrados é baseado em uma pretensa neutralidade, já que o ato do julgador deve ser dotado de imparcialidade, conforme determinam

61. CARVALHO, Salo. *Op. Cit.* p. 167.

62. CARVALHO, Salo. *Op. Cit.* p. 167-168.

63. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal, cit.*, p. 23.

os princípios constitucionais e as garantias processuais penais. Entretanto, o que se percebe é que muitas vezes essa neutralidade é fictícia, já que no ato de julgar podem ser percebidas associações a determinadas identidades. O juiz tende a se identificar (a partir de seu perfil de classe social, de formação e de educação, calcados em determinadas crenças, valores, desejos – ideologia) com o "cidadão de bem" (o "eu"), referencial padrão para quem a proteção jurídica seria dirigida (construção simbólica de uma identidade coletiva). Enquanto isso, o réu na ação penal seria identificado como o "bandido", o "outro", "aquele que comete crime", "aquele a quem seria permitido morrer"[64].

Verifica-se, desta forma, que identidades, assim como diferenças, são o resultado de atos de criação linguística, ou seja, não são essências ou elementos da natureza, mas são fabricadas no contexto de relações culturais e sociais e dos sistemas simbólicos que as compõem. Assim, identidades não podem ser compreendidas fora de sistemas de significação nas quais adquirem sentido[65].

A partir desse contexto de criação linguística mencionado, se dá, também, a criação do crime e do criminoso pelos juízes no ato de julgar, o que Zaffaroni chama de "cerimônias de degradação", na medida em que arrancam o sujeito da comunidade e lhe outorgam outra identidade: "essas cerimônias estão nas mãos de funcionários especializados que se ocupam de mostrar aos demais, por meio do poder da linguagem, que a pessoa não é como eles"[66].

Nesse mesmo sentido, Baratta, ao escrever sobre a produção das metarregras, explica que:

> (...) a criminalidade, como realidade social, não é uma entidade pré-constituída em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos. E isto não somente conforme o comportamento destes últimos se deixe ou não subsumir dentro de uma figura abstrata do direito penal, mas também, e principalmente, conforme as metarregras, tomadas no seu sentido objetivo, (...) juízos mediante os quais se atribui um fato punível a uma pessoa, como juízos atributivos que produzem a qualidade criminal desta pessoa, com as consequências jurídicas (responsabilidade penal) e sociais (estigmatização, mudança de *status* e de

64. FOUCAULT. *Em defesa da sociedade. Curso no Collège de France (1975/1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

65. RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane. *Análise de discurso (para a) crítica: O texto como material de pesquisa.* Campinas, SP: Pontes Editores, 2011.

66. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos. Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 209.

> identidade social etc.) conexas. (...) Os juízes ou o tribunal são instituições que produzem e põem a realidade. A sentença cria uma nova qualidade para o imputado, coloca-o em um *status* que, sem a sentença, não possuiria. A estrutura social de uma sociedade, que distingue entre cidadãos fiéis à lei e cidadãos violadores da lei, não é uma ordem dada, mas uma ordem produzida continuamente[67].

No caso do processo analisado, a consequência social mais drástica da atribuição da etiqueta criminoso àquele acusado foi sua morte. Doze dias após a prisão decorrente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (que foi mantida integralmente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão), E.J.P., o borracheiro, configurado como criminoso receptador de pneus sem notas fiscais, foi decapitado dentro do complexo penitenciário de Pedrinhas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das análises realizadas, podemos concluir que o modelo político-criminal calcado na cultura do encarceramento é, também, decorrente de uma "cultura da condenação", como se ao juiz não restasse outra alternativa, senão condenar. Salo de Carvalho mais uma vez é elucidativo ao concluir que:

> (...) o fenômeno do grande encarceramento (...) requer para a sua plena efetivação, que os atores com poder de decisão na cena processual penal entendam a diretriz punitivista como legítima, concretizando-a através da racionalidade jurídico-instrumental[68].

O recurso maciço e sistemático ao encarceramento, que no Brasil se mostra (quantitativamente) no número cada vez maior de presos, também se revela através do instrumental processual penal e da constante relativização de garantias constitucionais dos acusados. Essas relativizações de direitos humanos fundamentais estão na base de um verdadeiro tratamento e configuração de um inimigo-outro, e estão relacionadas à criação de um estado de exceção na perspectiva da "suspensão da ordem jurídica", onde se suspende a legalidade penal e processual penal. Verifica-se, portanto, como a seleção e diferenciação de determinados indivíduos é uma maneira de defasar, no interior da população, alguns grupos em relação aos outros.

---

67. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 107.

68. CARVALHO. *Op. Cit.* p. 167.

A lógica que permite "deixar morrer" presos no complexo penitenciário de Pedrinhas é a mesma que possibilita condenação criminal sem provas cabais, alargamentos interpretativos com escopo condenatório, pressuposições, reconhecimento de pneus sem qualquer comparação numérica ou produção de prova pericial, silenciamento de determinados discursos em detrimento de outros, apagamento de testemunhas e de depoimentos (como se não existissem no processo). Esta é uma lógica que passa pela precarização da vida de determinadas pessoas e se relaciona com a constante possibilidade concreta de exposição a diversas formas de violência: da violência discursiva à violência física, até a concreta possibilidade de morte.

Baratta nos fala que a operacionalidade do sistema penal gera um "sacrifício simbólico do condenado considerado como bode expiatório"[69]. No entanto, a realidade letal de Pedrinhas nos mostra que o sacrifício não é meramente simbólico; ele é real. Esse "bode expiatório", selecionado de acordo com seu estereótipo pelo sistema penal e por sua "conduta tosca"[70], identifica-se com aquele que, após essa seleção, pôde morrer.

Em "A Colônia Penal", Kafka narra a existência de uma máquina de execução que imprime no corpo do condenado a sentença, invisível aos olhos dos demais. A novela, que tem tal máquina como personagem principal, passa-se em um lugar quente, atrasado e isolado, onde a culpa é sempre indubitável e a punição exemplar. A engenharia punitiva e as engrenagens da máquina nos mostram, na obra de Kafka, algo semelhante ao processo penal e à atuação dos agentes do "sistema de justiça criminal", onde as agulhas do rastelo marcam a transgressão no corpo do condenado, reafirmando o poder da lei. No processo do primeiro morto de Pedrinhas, E.J.P., a sentença o marcou com um rótulo de morte. A morte, assim como no conto de Kafka, fez ver o que antes parecia invisível ao "adestramento burocrático" no processo criminal, ao proporcionar "um modo de ver que é também um modo de não ver"[71].

69. BARATTA, Alessandro. Fundamentos do direito penal mínimo. Para uma teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite da lei penal. Disponível em: [http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf]. Acesso: 19.09.2016.

70. ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

71. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos. Conferências de Criminologia Cautelar.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172.

É preciso pensar, por fim, perspectivas redutoras do super encarceramento, o que passa por oferecer resistência a uma ordem de discurso jurídica que legitima as mortes. Tal resistência pode se dar através da busca pela reconstrução da dogmática jurídico-penal de acordo com as diretrizes de um direito penal garantidor e ético, assumindo plenamente a realidade de poder do sistema penal, sua irracionalidade e sua deslegitimação[72]. Daí porque é fundamental um modelo integrado de criminologia, direito penal e processual penal de corte diferente, com uma ética básica, com elementos para uma reconstrução de garantias, utilizando-se o direito humanitário como fio condutor e que permita a cessação às invisibilizadas possibilidades de morte.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da (des)ilusão.* Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Fundamentos do Direito Penal Mínimo. Para uma teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite da lei penal. Disponível em: [http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf]. Acesso: 19.09.2016.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma mesma história.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *O Realismo Marginal*: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo, 2007. Disponível em: [www.ovpsp.org/debate_teorico/debate_vera_malaguti.pdf]. Acesso em: 29.06.2015.

BUTLER, Judith. *Vida percaria:* el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2006.

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

CASTRO, Lola Aniyar. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos "concordes, seguros e capazes". *In:* VIEIRA, Pedro. (Org.). *Depois do Grande Encarceramento.* Rio de Janeiro: Revan, 2008.

72. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução 11/2013. Medida Cautelar 367/13. Assunto: Pessoas Privadas de Liberdade dentro do "Complexo Penitenciário de Pedrinhas" sobre o Brasil, 2013.

Conectas Direitos Humanos, Justiça Global, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Maranhão, Sociedade Maranhense de Direitos Humanos. Violação Continuada: Dois anos de crise em Pedrinhas, 2015. Disponível em [www.conectas.org/arquivos/editor/files/conectas_relatorio_pedrinhas.pdf]. Acesso: 17.07.2016.

Conselho Nacional de Justiça. Relatório do III Mutirão Carcerário do CNJ, 2011. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/maranhao.pdf]. Acesso: 25.05.2016.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade. Curso no Collège de France (1975/1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Arqueologia do saber.* Rio de Janeiro: Editora Universitária, 2008.

GINZBURG, Carlo. Sinais. Raízes de um Paradigma Indiciário. *In*: GINZBURG, Carlo. *Mitos, Emblemas, Sinais*. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

Human Rights Watch. Crise penitenciária impulsiona reforma. Audiências de custódia ajudam a combater a superlotação no maranhão. 2015. Disponível em: [www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/2015ame_brazil_prisons_brochure_portuguese_lowres.pdf]. Acesso: 13.11.2016.

KAFKA, Franz. *O veredito e na colônia penal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias [Infopen]. Brasília, 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-tercafeira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso: 22.06.2015.

RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. *Análise de discurso crítica*. São Paulo: Contexto, 2006.

RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. *Análise de discurso (para a) crítica:* O texto como material de pesquisa. Campinas: Pontes Editores, 2011.

Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Maranhão. Solicitação de medidas cautelares para proteger a vida e a integridade pessoal dos detentos do Centro de Detenção de Pedrinhas, da CCPJ e da CADET, 2013.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* Conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Editorial dossiê "encarceramento em massa": do conceito à prática – Um enfrentamento criminológico da política criminal a partir da realidade marginal, de Érica Babini L. do Amaral Machado – *RBCCrim* 129/17-38 (DTR\2017\392); e
- Proposta para prevenir a superlotação de presídios, de José Roberto Antonini – *RT* 483-488 (DTR\2002\498).

O direito fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das teorias da determinação judicial da pena

The fundamental right not be punished wrongly: a sketch from the theories of judicial determination of the sentence

José Francisco Dias da Costa Lyra

Doutor em Direito pela Unisinos-RS. Mestre em Direito pela UNIJUÍ-RS. Especialista em Direito pelo IESA e UNIJUÍ-RS. Professor do curso de doutorado e mestrado em Direito da URI, *campus* de Santo Ângelo, e de Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal no IESA. Juiz de direito.
JFDCLyra@tj.rs.gov.br

Cláudio Rogério Sousa Lira

Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI-Santo Ângelo). Professor do Ensino Superior da Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa (FEMA). Servidor do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.
crlira@mp.rs.gov.br

Recebido em: 23/09/2016
Aprovado em: 21/11/2016
Última versão autores: 01/12/2016

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O artigo trata do direito fundamental à correta individualização judicial da pena ou do direito de não sofrer castigos demasiados, temor este plausível e atual, já que o controle penal, sob os influxos da *sobrecriminalização*, restou politizado, instrumentalizando penas exacerbadas. Como forma de se evitar penas desproporcionais, sustenta-se, de acordo com o princípio da culpabilidade e teorias da individualização judicial da pena, que o processo de concreção da pena pelo julgador é um ato de discricionariedade vinculada, devendo ele motivar sua decisão, explicitando que finalidade ou fins (legítimos) pretende atingir, limitado por princípios constitucionais deontológicos e normativos, especialmente o da culpabilidade.

Abstract: The paper deals with the fundamental right for the proper judicial individualization of punishment, which is, the right of not being unfairly and arbitrarily punished. It is held in accordance with the principle of guilt, that the judicial individualization of reprimand is an act of bound discretion, should the decision maker motivate their decision, expliciting which purpose or purposes (legal) it aims to achieve, obviously limited by deontological and normative constitutional principles.

Costa Lyra, José Francisco Dias da; Lira, Cláudio Rogério Sousa. O direito fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das teorias da determinação judicial da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 335-383. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

Palavras-chave: Determinação da pena – Princípio da culpabilidade – Teorias da determinação judicial da pena – *Sobrecriminalização*.

Keywords: Sentencing determination – Culpability principle – Theories in determining the sentence.

Sumário: 1. Introdução: a *sobrecriminalização* e os castigos demasiados: a violação dos direitos fundamentais do acusado. 2. Considerações prévias sobre a culpabilidade: conceito e suas funções na mensuração judicial da pena.3. As teorias da individualização judicial da pena. 3.1. A teoria da pena exata ou pontual. 3.2. A teoria do espaço de jogo. 3.3. A teoria do valor hierárquico do emprego. 3.4. A teoria do ato de gestação social. 3.5. A teoria da pena proporcional ou da proporcionalidade pelo fato. 4. Algumas conclusões provisórias para a necessária racionalização do processo judicial de individualização da pena. 5. Referências.

1. Introdução: a *sobrecriminalização* e os castigos demasiados: a violação dos direitos fundamentais do acusado

O fenômeno da *sobrecriminalização*, que pode ser cunhado como um modelo de intervenção penal que se estende para todos os aspectos da vida em sociedade, chegando até o populismo e a politização do Direito Penal[1-2], é um problema global, consistindo num sério entrave para o controle penal em todo o mundo, uma vez que o endurecimento das penas e a sua expansão sinalizam, com a difusão de um neoliberalismo político conservador, a própria involução do sistema[3-4]. Essa observação crítica é do professor Douglas Husak, filósofo e um dos mais prestigiados penalistas americanos. Na sua obra intitulada *Sobrecriminalização: los límites del derecho penal*[5],

1. Ver DIEZ RÍPOLLÉS, José Luís. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 69 e ss.
2. Consultar HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. De igual sorte, LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 97, p. 143-182, jul./ago. 2012.
3. Conforme MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011. p. 20-21.
4. Importa a leitura de PLANAS, Ricardo Robles; GUTIÉRREZ, Pablo Sánchez-Ostiz. *Las crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2010.
5. Obra com a seguinte referência: HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalização*: los límites del derecho penal. Trad. e intr. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2013.

externa uma constante preocupação com a utilização do sistema penal como forma de controlar todos os aspectos da vida das pessoas, em uma verdadeira expansão desmensurada do sistema penal, à medida que a ampliação massiva da punição produz demasiados castigos e, não raro, punições indevidas e desproporcionais. A terminologia *sobrecriminalização* se apresenta como uma contribuição urgente para combater o crescimento desmedido da dor penal[6], que é altamente perniciosa à vigência dos princípios do Estado de Direito. Revela que, nos Estados Unidos (e a realidade brasileira bem como da Europa não escapam ao diagnóstico), há uma criminalização em excesso[7-8].

Em resumo, a *sobrecriminalização*[9], na lição de Husak, pelo que representa em termos narratórios, deveria merecer uma preocupação acadêmica pelos seus efeitos destrutivos para o Estado de Direito, com destaque à violação do princípio da legalidade[10], visto que, por vezes, sob influxos repressivos-expansivos, a penalidade traduz-se em castigos injustos, impactando negativamente a vida dos que são punidos. E isso pode se concretizar quando as penas impostas não deveriam sequer ter sido criminalizadas ou quando se aplicam penas desproporcionais. Logo, uma adequada teoria de criminalização deveria ser

6. O conceito da dor da penalidade é dado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *En busca del derecho penal*: esbozos de una teoría realista del delito y de la pena. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2015. p. 261-267.
7. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalização*: los límites del derecho penal. Trad. e intr. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 44-47.
8. Importa leitura de GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1 e ss., pois, sob o título da *modernização do direito penal*, o autor, com maestria, aborda o fenômeno da expansão do controle penal.
9. Que guarda relação com o tema da expansão do controle penal de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011. No trato da temática expansão do direito penal, consultar LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito penal na pós-modernidade*: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco. Curitiba: Juruá, 2013. Também ver LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração*: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013. p. 151-233.
10. No mesmo sentido, a doutrina de DONINI, Massimo. *Poder judicial y ética pública*: la crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2015. p. 53 e ss. Em apertada síntese, a conclusão de Donini parte da observação de que o Poder Judiciário centrado na hermenêutica penal contemporânea, em revisão do positivismo científico e descrédito da dogmática jurídica em prol da centralidade da judicialização da política, culmina na erosão do princípio da legalidade.

normativizada, pautada por princípios reguladores do Poder Legislativo (centrada, de igual sorte, em uma racional teoria da legislação[11-12]) e Poder Judiciário, abarcando, por exemplo, o princípio da proporcionalidade como medida de merecimento da pena[13]. Sob essa ótica, calha o questionamento do porquê de se castigar tanto. Por que se criminaliza em excesso? Husak responde a tais interrogações aludindo, com acerto, que o direito penal restou politizado na tendência de se procurar *governar pelo crime*[14], além do descrédito dos acadêmicos[15], que gerou, por consequências, um desvalor atribuído à dogmática jurídica acerca dos temas importantes à justiça penal. Por fim, somam-se a esses fatores o populismo punitivo[16] e a demonstração de força de um legislador atento, que procura demostrar à sociedade (com a intenção de obter ganhos políticos) que está agindo para solucionar o conflito social[17].

Dessa forma, sob os influxos da *sobrecriminalização*, os castigos tendem a se tornar mais severos, particularmente nos EUA, país em que os fiscais (Ministério Público) e a polícia, num espaço privilegiado conferido pela justiça

11. Ver SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Política criminal y técnica legislativa*: prolegómenos a una dogmática lege ferenda. Granada: Comares, 2007. Consultar, igualmente, CÓRDOBA, Gema Marcilia. *Racionalidad legislativa*: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
12. Consultar HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.
13. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*: los límites del derecho penal. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2015. p. 55-57.
14. Conforme SIMON, Jonathan. *Governar a través del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011. No pensamento de Simon, p. 28 e ss., a elite dos EUA *governa pelo crime* (expressão que, segundo ele, pode ser polêmica ou exagerada), condensa um aspecto central da sociedade americana, na qual o delito se transformou em uma questão estratégica fundamental, legitimando intervenções estatais motivadas por outras razões que não combater, de forma efetiva, crimes, o que se revela possível pela visibilidade que a matéria criminal obteve junto às instituições (especialmente junto ao legislador), graças às inovações tecnológicas e televisivas.
15. No mesmo sentido, RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 109.
16. Consultar HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. De igual sorte, LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 239-272, mar./abr. 2012. Ainda, do mesmo autor, O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 97, p. 143-182, jul./ago. 2012.
17. Segundo HUSAK, *op. cit.*, p. 56-59.

negocial, gozam de ampla discricionariedade, o que, aliado ao Poder Judiciário e à judicialização da política, coloca em o risco os princípios constitucionais, destacadamente, o princípio da proporcionalidade, mormente quando a delitos parecidos impõem-se castigos de diferentes graus, orientação essa que, de resto, normatiza os demais atores do sistema criminal.

Em síntese, parece ser acertada a conclusão de Husak[18], pois é inegável que a *sobrecriminalização* permite o uso expressivo do direito penal, concorrendo à aplicação de penas desproporcionais[19]. Tal fato se revela sensível no momento em que se apreende, no cenário global, um crescente protagonismo do Poder Judiciário na cena democrática[20], que se deve à superação do positivismo jurídico, herdado, espiritualmente, da metodologia que via na lei escrita o limite infranqueável do conhecimento do jurista, pela hermenêutica constitucional[21]. Com efeito, a idade da democracia penal atual, no entendimento de Donini, apresenta uma política criminal na qual o legislador deixou de escutar os juristas (e o caso brasileiro é patológico) e que sofre de uma espécie de *barbarização legislativa* para satisfazer, diretamente, a demanda por segurança, propalada pelo *populismo punitivo* e alavancada pelos meios de comunicação. São tempos de medo *líquido* e de demandas por uma segurança perdida (o temor ao crime[22]), que instrumentaliza o direito punitivo para alcançar outros fins que não a justiça penal. Nesse particular, conforme Donini, a magistratura assume a função de *controle da virtude pública ou da ética pública*, uma espécie de herói na opinião pública[23].

Demarca-se um contexto de ativismo judiciário, no qual a ação punitiva (em uma espécie de *patologia* social[24]) experimenta uma mutação para instrumento de

18. *Ibid.*, p. 57-73.
19. Ver HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Direito penal e hermenêutica*: uma resposta constitucional ao estado de exceção. Curitiba: Juruá, 2016. p. 149-154.
20. Conforme LYRA, José Francisco Dias da Costa. O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a correr e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 119, p. 127-164, mar./abr. 2016.
21. Na lição de DONINI, Massimo. *Poder judicial y ética pública*: la crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2015. p. 15 e ss.
22. Ver RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 79 e ss.
23. DONINI, *op. cit.*, p. 134-140.
24. Conforme HONNETH, Axel. *El derecho de la liberdad*: un esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2014. p. 100-129. Para

luta política, trazendo a linguagem bélica para o sistema normativo, na qual os juízes se convertem em instrumentos (conscientes ou inconscientes) de moralização da sociedade (moralismo recriminador do direito penal), com sérios prejuízos à legalidade penal[25]. Ora, como bem ensina Donini, o sistema penal necessita de regras de autocontrole que imponham, deontologicamente, limites ao julgador, por razões de garantia, cumprindo que se ressalte, para citar um exemplo, que os direitos do réu são constitucionalmente prevalentes a respeito dos direitos das vítimas[26].

Nesse contexto, demarcado por uma expressiva justiça penal, entende-se que se revela atual o estudo do processo judicial de individualização da pena[27], espaço sensível e que pode dar vazão, pela indeterminação normativa de tal fase, a castigos imoderados, perdendo-se de vista que a individualização se constitui em um ato de discricionariedade juridicamente vinculada[28], no qual o juiz assume a importante função de concretizar a cominação legal no caso concreto, orientado, obviamente, por princípios constitucionais e pelos textos legais, donde se extraem os fins do direito penal e da própria penalidade[29], bem como os limites e as garantias do réu[30-31-32].

Honneth, em apertada síntese, pode-se dizer que a *patologia da liberdade jurídica* corresponde a um *abuso* consistente em deslocar para o âmbito do sistema jurídico, de forma automática, a tarefa de resolver toda sorte de rupturas e conflitos sociais, perdendo, com isso, a comunicação coletiva dos problemas sociais, privilegiando a solução individual em forma de direitos subjetivos individuais.

25. DONINI, *op. cit.*, p. 152-156.
26. DONINI, Massimo. *Poder judicial y ética pública*: la crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2015. p. 183-184.
27. No trato da temática, consultar HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Direito penal e hermenêutica*: uma resposta constitucional ao estado de exceção. Curitiba: Juruá, 2016. p. 161-201.
28. Conforme lição de DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 11.
29. Consultar ZEIDAN, Rogério. *Direito penal contemporâneo*: fundamentos críticos das ciências penais. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 163-175.
30. Segundo DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, 1997. p. 324.
31. No trato do sistema das garantias, ver, por todos, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibánez *et al*. Madrid: Trotta, 2004. p. 851-905.
32. Ver ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49 e ss.

Cuida-se de o estabelecimento de uma importante fase para o destino do réu, cumprindo-se que se estabeleçam limites normativos e dogmáticos do direito penal na determinação da pena, a fim de reduzir-se a ampla discricionariedade de que goza o juiz na fase de mensuração da pena[33]. Com efeito, a fase de individualização constitui-se em um âmbito problemático no sistema penal, mormente pelo fato de o legislador não ter fixado regras específicas a serem observadas pelo julgador em tal momento, permitindo que a discricionariedade transforme-se em arbitrariedade, ferindo direitos fundamentais do réu[34], como o da liberdade de locomoção[35].

É digno de nota que o processo de concreção da pena, na lição de Zaffaroni e Slokar, é um juízo racional de reprovação que não se presta a legitimar, a qualquer preço, o exercício do poder punitivo do estado; almeja o contrário: limitar o exercício desse poder[36], visto que tal atividade não pode ser pautada por arbitrariedades. Enfim, a *pena merecida*, como uma graduação, deve corresponder à gravidade do crime, possuindo a finalidade político-criminal de restabelecer a paz jurídica perturbada e de fortalecer a consciência jurídica da comunidade[37]. Em suma, nas palavras de Tavares, a pena aplicada deve ser proporcional ao dano ou ao perigo ao bem jurídico[38], impondo-se como exigência

33. Na lição de SCHÜNEMANN, Bernd. Prólogo. *In*: HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Trad. Santiago Martínez *et al*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 17-18.

34. LYRA, José Francisco Dias da Costa. O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 118, p. 93-121, 2016.

35. Na lição de HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. p. 23-24.

36. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 512.

37. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 96-97.

38. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. *In*: NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152. Ver, no mesmo sentido, DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre o "modelo" de determinação da medida da pena. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Notáveis do direito penal*: livro em homenagem ao emérito professor doutor René Ariel Dotti. Brasília, DF: Consulex, 2006. p. 215-229.

moral de se obter *respostas corretas*[39] em direito[40], ou questão de justiça distributiva[41-42]. Sob essa ótica, a correta individualização da pena, na sua íntima relação com o *metaprincípio* da dignidade da pessoa humana, erige-se como um direito fundamental implícito[43-44]. Com esse pensamento de especial proteção de tais direitos fundamentais, veda-se à instrumentalização do homem em prol de interesses sociais de segurança, porque, no ensinamento de Roxin, a aplicação da pena só se legitima quando consegue harmonizar as necessidades preventivas da comunidade jurídica com a autonomia da personalidade do delinquente[45].

Atente-se para o fato de que tal temática ainda se ressente de um desenvolvimento aprofundado pela dogmática jurídica (ao contrário do que ocorreu com a teoria do delito), que não firmou uma *tradição* ou não estabeleceu, em

39. Leitura obrigatória de DWORKIN, Ronald. *Justiça para os ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Almedina, 2012. p. 105-165. De igual sorte, do citado mestre, *Império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Matins Fontes, 1999. p. 55-333.

40. Nesse sentido, por todos, ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 339 e ss. Também importa a leitura do mesmo autor, *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 281 e ss. No mesmo sentido, STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Hermenêutica e epistemologia*: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

41. Segundo PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, principio de igualdade y justificación de segmentos de pena. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, p. 600, 2008. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos--de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

42. Consultar ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho* penal: a quién deve sancionarse y en qué medida. Trad. Manuel Cancio Meliá e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.

43. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 181.

44. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 63 e ss.

45. CEREZO MIR, José. *Derecho penal*: parte general I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 850-851.

termos hermenêuticos, pré-conceitos autênticos[46] que possam ser utilizados para orientar as decisões judiciais, não sendo, por acaso, que a atividade se resuma à subjetividade dos juízes[47-48]. Nessa condição, encontram-se a doutrina espanhola e brasileira, não obstante se detecte, em solo espanhol, uma notável preocupação dos penalistas no afã de construir fundamentos normativos ao processo de individualização judicial da pena[49]. Sob essa ótica, vejam-se as conclusões de Feijoo Sánchez[50] e Silva Sánchez[51], os quais estimam que a dogmática jurídica espanhola ainda é incipiente no trato da questão, que propicia ao juiz uma ampla margem à discricionariedade judicial, denominada por eles de *intuísmo judicial*[52]. Não é diferente a realidade brasileira, já que os critérios

46. Conforme GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 354 e ss. Como refere Gadamer, à p. 355, "toda interpretação correta tem que se proteger da arbitrariedade de instituições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para 'as coisas em si mesmas' (que para os filósofos são os textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas)". Consultar, no mesmo sentido, HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte I. 14. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 56 e ss.

47. É verdade que existem obras, de notável importância, cuidando do tema da individualização judicial da pena. Entretanto, penso que carece de melhor aprofundamento teórico o arcabouço teórico dos critérios que deveriam delimitar a função da culpabilidade enquanto o *quanto da pena*. Nesse particular, veja-se a excelente obra de BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

48. As etapas do racionamento sistemático do direito penal são dadas por SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal*: cuestiones fundamentales. Trad. Jesús María Silva Sánchez. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2012. p. 1-77.

49. Pode-se referir que, para o *normativismo*, o direito penal e sua dogmática estão informados por princípios fundamentais (como o da danosidade social e o teorema do bem jurídico, que formam o dever-ser do sistema penal), que protegem o indivíduo e possibilitam uma adequada ordenação das premissas normativas e ontológicas que permeiam o discurso jurídico. Consultar BARRERA, Jorge; GARMENDÍA, Mario Pereira. *Teoría del delito y praxis penal*: aportes del normativismo. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2012. p. 2-38.

50. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 403, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

51. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, Barcelona, n. 2, abr. 2007. Disponível em: [www. indret.com/pdf/426_es.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

52. A dogmática jurídica desenvolveu, de forma extraordinária, a questão da legitimidade da pena, não se interessando pelo "quanto", segundo PERALTA, José Milton. Dogmática

são traçados pelo julgador, que, não raro, funcionaliza a sanção penal como política criminal de primeira magnitude[53], de forma direta, sem a devida mediação por critérios normativos/dogmáticos, ferindo a *integridade* do direito[54]. Esquece-se que a pena justa atende ao direito fundamental do cidadão em receber uma jurisdição fundada no direito[55].

No limite, há um desenvolvimento desigual entre a sistematização levada a cabo pela teoria do delito e a individualização judicial da pena. Na lição de Silva Sánchez, tal situação deve-se ao fato de que, usualmente, a questão da individualização da pena sempre esteve relacionada com a discussão acerca dos fins da pena, fato esse que teria impedido seu regular desenvolvimento, privando os juízes de uma orientação suficiente na hora de efetuar a gradação da penalidade, forjando caminhos arbitrários[56]. Nesse contexto, os critérios e as orientações que presidem a individualização judicial do castigo, na sua grande maioria, são recebidos de orientações jurisprudenciais consolidadas. Efetivamente, o *quanto* de pena dentro de determinado marco legal está à margem de melhor desenvolvimento e refinamento normativo[57], não merecendo atenção da doutrina, especialmente, no Brasil[58]. O assunto constitui-se em um direito material *confuso*, espaço em que impera a discricionariedade e a *intuição* dos juízes[59]. Por fim, cumpre notar que a

---

del hecho punible, principio de igualdade y justificación de segmentos de pena. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, 2008. p. 603. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

53. Como adverte SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 4-5, o juiz deve evitar a tentação de pensar que o direito penal se presta para realizar, de forma direta e imediata, política criminal, pois esta deve vir canalizada por critérios dogmáticos e normativos!

54. Ver MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério*: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito, 2010.

55. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 403, 2007. p. 4. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

56. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, Barcelona, n. 2, p. 3-4, abr. 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/ 426_es.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

57. *Ibid.*, p. 3.

58. STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias de determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, p. 53-99, set./out. 2013.

59. Veja-se a correta crítica de ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 28 e ss, quando

legislação brasileira não favorece a solução do problema[60], já que utiliza a culpabilidade como mera circunstância judicial (art. 59, CP)[61], limitando a aplicação do seu conceito na fixação da pena-base[62], além de privilegiar elementos subjetivos, oportunizando ao magistrado um vasto campo à exasperação da pena.

Dessa forma, o presente ensaio centra-se no conceito da culpabilidade e suas funções, especialmente na fase de individualização judicial da pena, para então abordar as teorias que tratam do processo racional da concreção da pena, procurando-se demostrar que há excesso de discricionariedade subjetiva.

2. Considerações prévias sobre a culpabilidade: conceito e suas funções na mensuração judicial da pena

A culpabilidade é um conceito de amplitude abissal – tido como um *tema eterno* do direito penal – à medida que interessa à teologia, à metafísica, à moral, ao controle penal; enfim, a todas as ciências do espírito[63]. Não é por outra razão que o conceito *alcança o mais profundo de nossa experiência cotidiana* (expresso na corrente afirmação de que não há pena sem culpabilidade), mas que, por outro lado, pertence aos conceitos penais mais criticados, os quais se veem dele afastado[64]. De início, observa-se que, nos limites do presente estudo,

anota que a Reforma Penal de 1984 aderiu à tendência subjetivista na aplicação da pena, à medida que, das oito circunstâncias judiciais do art. 59, CP, cinco delas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, motivos do crime e personalidade), de cunho subjetivo, conduzem a uma verdadeira *anamnese judicial* sobre a pessoa do acusado.

60. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. *In*: NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-151.

61. Nesse sentido, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 68. Segundo Aguiar Júnior, "a primeira circunstância judicial, e de todas a mais importante, é a culpabilidade, pois 'a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade'. Para o fim de definição da pena, ao juiz cumpre avaliar o grau de censurabilidade do réu por adotar um comportamento ilícito, tendo condições de se conduzir de acordo com o Direito".

62. Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156 e ss.

63. Segundo DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 275.

64. Na lição de HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 292.

não se procederá a uma abordagem crítica e material do princípio da culpabilidade[65], peculiar à *criminologia crítica*[66], embora não deixe de reconhecer a importância da análise material da penalidade e de suas possíveis ramificações com o sistema capitalista e divisão do trabalho, na lente da sociologia de Durkheim (especialmente no estudo da anomia[67]), chegando às observações de Alessandro Baratta[68] e de Eugenio Raúl Zaffaroni (e sua teoria agnóstica da pena)[69]. Tampouco, será apresentada uma crítica aos processos de criminalização da ideologia da defesa social[70], olhar sociológico, este fundamental para se compreender os atuais movimentos de criminalização e sua estreita ligação com os processos de socialização diferencial ou conflitiva, que se relaciona, de forma amiúde, com o programa seletivo do sistema capitalista de produção[71-72]. No limite, o enfoque que se pretende dar é dogmático, possuindo uma pequena pretensão: enriquecer o debate sobre a individualização judicial da pena, mormente pelo fato de que faz parte do postulado da justiça, exigindo, como

65. Dita análise é feita por LYRA, José Francisco Dias da Costa. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: a edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 103, p. 289-321, jul./ago. 2013.

66. Ver, por todos, VAN SWAANINGEN, René. *Perspectivas europeas para una criminologia crítica*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011. Importa leitura de ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schissl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

67. DURKHEIN, Émile. *O suicídio*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 257-300.

68. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1999.

69. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

70. Ver GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminologia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2.

71. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 95-129. Também, do mesmo autor: *Una sensata cantidad de delito*. Trad. Cecilia Espeleta e Juan Iosa. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

72. Consultar NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. *In*: NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 13-65.

princípio geral, uma concordância substancial entre causa e reação, ou seja, entre delito e reação jurídico-penal[73].

Com tais considerações iniciais, centra-se o discurso na análise do princípio da culpabilidade, destacando-se que ele possui vários significados e funções. De efeito, nas suas origens, o princípio surgiu vinculado ao princípio da legalidade, adquirindo o fundamental sentido de exclusão da responsabilidade objetiva, assumindo uma elaboração científica no século XIX. Já no final do século XIX, assumiu-se a culpabilidade como categoria dogmática, produto da elaboração sistemática da teoria do delito na Alemanha, contribuindo para a consecução de um direito penal mais garantista e humano (culpabilidade pelo fato de não haver atuado conforme o direito; reprovação moral da culpabilidade do autor; a pena retributiva da culpabilidade). Por último, o princípio da culpabilidade consolidou-se como princípio jurídico-penal fundamental, aparelhado como importante ferramenta para análise da pena e legitimidade do controle penal, dotado das seguintes funções: a) subjetivação da responsabilidade penal; b) fundamentação dogmática da pena; c) limite do poder punitivo ou regulação da medida da pena; d) crítica e interpretação do direito positivo[74].

Com efeito, se o moderno direito penal assume o caráter preventivo de proteção de bens jurídicos como critério dominante para sua legitimação, bem como de que a magnitude da pena deve vir informada pela culpabilidade, assume-se que é fundamental encontrar uma nova fundamentação do princípio da culpabilidade que, inclusive, se afaste do ranço retribucionista do *livre-arbítrio*. Daí que se apresente como consensual que se possa atribuir à culpabilidade diversas funcionalidades: a) como um princípio suprapositivo, estabelece que *não há pena sem culpabilidade*. Aqui, o princípio, a partir de orientações filosóficas, jurídicas, antropológicas ou sociológicas, limita a violência da pena estatal; b) em um segundo nível, *estabelece que a pena deve observar a medida da culpabilidade,* referindo-se ao momento da aplicação concreta da penalidade; c) por último, na sua versão de *fundamentação em face do autor do crime*, é recebida como categoria do delito no sistema penal, perquirindo a imputação subjetiva (dolo e/ou imprudência), causas de exculpação[75].

73. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 300.

74. Conforme DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 275-279.

75. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 284-285.

Eis que, o princípio da culpabilidade, que escapa de um conceito uniforme, numa feição garantista[76], vem expressado, na lição de Hernández, nas seguintes máximas: 1) *princípio da personalidade da pena*, o qual estima que a pessoa somente pode ser castigada por fato que cometeu, jamais por fato alheio; 2) *princípio da responsabilidade pelo fato*, que importa exigência do direito penal do fato e a impossibilidade de sancionar alguém pelo seu modo de condução de vida; 3) *princípio do dolo ou culpa* (imputação subjetiva), o qual estabelece que alguém somente pode ser punido se agiu, pelo menos, de forma culposa, afastando a possibilidade da responsabilidade penal objetiva ou pelo puro resultado; 4) *exigência de imputação objetiva do resultado*; 5) *princípio da imputação pessoal* (culpabilidade em sentido estrito), ensinando que a pessoa deve ter, no mínimo, condições psíquicas que possibilitem conhecer o conteúdo da norma[77]. Assim, entende-se que dito princípio é dotado de dois significados: como *critério de política criminal*, rechaça a responsabilidade objetiva, impondo-se que o castigo guarde relação com fato próprio, a individualização do castigo, a análise da situação concreta em que se encontrava o indivíduo no momento em que praticou o crime e, por fim, que o castigo seja proporcional ao crime; e a *culpabilidade como categoria jurídico-penal do delito*, utilizada no conceito analítico de crime, reportando-se a um fato típico e injusto, como fundamento ou pressuposto da pena[78].

Como dito, trata-se de um princípio complexo e ambíguo, o qual, por isso, tem seus detratores, que a reputam inútil para os propósitos do sistema penal, aduzindo que o juízo de censura possui caráter retributivo. Além disso, alega-se que a culpabilidade gira em torno do *determinismo* e do *livre-arbítrio*, que não são demonstráveis empiricamente, motivo pelo qual o conceito, por ser metafísico, deveria ser abandonado em prol de uma formulação em termos normativos, pressupondo-se o *poder agir de outro modo* a partir de necessidades preventivas[79]. Não é por outro motivo que Hassemer refere que é preciso permanecer como regra para o juízo da culpabilidade um critério rarefeito: *o poder médio de agir de outro modo*, em prol na *normativização* do critério de reprovação,

76. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibánez *et al*. Madrid: Trotta, 2004. p. 353-457.

77. HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. p. 239.

78. HERNÁNDEZ, Martín Besio, *op. cit.*, p. 240-242.

79. Conforme ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. p. 812.

dado evidente e passível de comprovação empírica, possibilitando-se, no caso concreto, a exclusão da culpabilidade; afinal, o homem é *livre* até prova em contrário[80]. Em suma, embora não se negue o *estado permanente de crise* que ronda o princípio[81], em muito identificada, como dito, pela impossibilidade de se comprovar que o agente poderia exercer a sua fidelidade ao direito (a ponto de se sugerir a sua substituição por *motivação normal* ou *acessibilidade normativa*[82]), é inegável que a culpabilidade, como princípio deontológico, limita a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão[83]. Por isso, Roxin entende ser mais realista e construtivo trabalhar com um conceito de culpabilidade livre de elementos irracionais, convertendo-o em um baluarte, empiricamente comprovável, limitador da intervenção do Estado de Direito[84].

E a forma de se buscar um meio adequado para a concretização do juízo da culpabilidade em termos racionais ou dogmáticos é relacioná-la com os fins da pena, já que ditos fins sinalizam quais funções ou tarefas que o direito penal e a pena possuem. Enfim, são os fins da pena que podem tornar razoável o juízo da culpabilidade, atenuando ou excluindo a culpabilidade na análise, por exemplo, das condições pessoais do réu, harmonizando a pena com a totalidade do sistema jurídico-penal. Nesse particular, com Hassemer, pode-se adiantar que somente as *teorias modernas* da prevenção geral e especial (instrumentalizadas para uma *melhora* do autor individual, para uma intimidação dos potenciais criminosos e, em geral, para uma estabilização da consciência social da norma) podem ser consideradas fontes de orientação político-criminais. Ora, somente tais teorias dizem algo sobre que fins o Estado deve perseguir, conferindo uma utilidade social à penalidade. Por essa razão, as *teorias clássicas da retribuição ou expiação* revelam-se inadequadas para circunscrever o *poder agir de outro modo* e concretizar o juízo da culpabilidade, porquanto desapegadas da persecução de fins[85]. Em uma palavra, as teorias absolutas, que

80. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 308-311.

81. Retratado por BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 185 e ss.

82. *Ibid.*, p. 188-189.

83. *Ibid.*, p. 195-196.

84. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. p. 813.

85. HASSEMER, *op. cit.*, p. 311-312.

fundamentam o fim da pena como exigência da justiça ou de uma vontade moral, não entram em contato com a realidade imperfeita da sociedade na sua compensação do passado e, por tal motivo, não gozam de aceitação[86].

Sob essa ótica, para afrontar a pecha retribucionista[87] porventura atribuída à culpabilidade, Roxin fundou sua teoria denominada *unificadora/eclética/dialética da união de fins preventivos*, ou de prevenção geral positiva não intimidadora[88], uma das teorias mais influentes no pensamento penal moderno[89], procurando combinar diversos fins da pena com o desiderato de neutralizar seus defeitos, distinguindo nela três fases: a) com a cominação legal abstrata arbitrada pelo legislador, atende-se à prevenção geral negativa; b) com a imposição concreta da pena no devido processo legal, observa-se a retribuição adequada ao juízo da culpabilidade; e, por fim, c) na execução da pena, a prevenção especial é entendida como ressocialização[90-91]. De se notar que a teoria

86. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 371-372.

87. Um panorama das críticas apresentadas aos fins da pena (da retribuição à prevenção) é dado por MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 87-109.

88. Nesse particular, cumpre notar que há certo consenso doutrinário em refutar a *prevenção geral negativa* ou *intimidatória* de Paul Johann von Feurbach (teoria da coação psicológica), pelo menos na sua versão clássica. Com efeito, a teoria da prevenção geral intimidatória de Feuerbach parte da premissa de que a ameaça da pena bloqueia, mediante uma associação psicológica com futuro castigo, determinados impulsos ou inclinações delitivas. Logo, a pena tem a finalidade de prevenir crimes pela ameaça ou coação psicológica dirigida aos potenciais autores de lesões antijurídicas. Entende-se que tal finalidade é incompatível com o direito penal vigente, mormente pelo fato de que não guarda uma relação proporcional à gravidade do crime praticado pelo agente, relevando-se, de regra, desproporcional. Também, que estimula o incremento quantitativo das penas, sem demonstrar, empiricamente, que o uso da intimidação concorre, de forma efetiva, ao combate da criminalidade. Nesse sentido, consultar FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La pena como institución juridica*: retribución y prevención general. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2014. p. 71-130. Os contornos da teoria da pena de Feuerbach são apresentados, por todos, por GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid: Macial Pons, 2015.

89. FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 218 e ss.

90. *Ibid.*, p. 219.

91. A *teoria unificadora preventina* (que assenta os fins preventivos da pena-geral/especial, com a renúncia à retribuição) é apresenta por ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte

dialética, não obstante combine diversas funções, tem uma natureza predominantemente preventiva, deixando, em um segundo plano, a ideia de retribuição como uma função limitativa ou garantista. Dessa forma, a individualização judicial da pena atende a fins utilitários e, pois, preventivos.

Feijoo Sánchez estima que a teoria da união de Roxin serve aos fins de prevenção geral e especial, limitada pela magnitude da culpabilidade, podendo a pena, inclusive, ser fixada aquém do marco legal, desde que se dê por necessidades preventivas, ou até mesmo não ser imposta se não houver responsabilidade ou necessidade. Na lição do penalista espanhol, sob os influxos da teoria roxiana, o direito penal está orientado à proteção de bens jurídicos diante de condutas delitivas à prevenção de lesão ou perigo a interesses protegidos, reafirmando a consciência jurídica[92-93].

Nesse momento em que se assume que a pena possui fins preventivos, cumpre registrar que a *teoria funcional* de Jakobs também goza de prestígio e influência doutrinária, ao lado da teoria de Roxin, merecendo uma pequena abordagem. Jakobs defende que o fim da pena é manter a vigência da norma, atendendo a uma necessidade de estabilização normativa. No seu desenho, a pena não tem a função de proteger lesão a bens jurídicos, senão garantir a vigência do ordenamento jurídico e, com isso, evitar os efeitos negativos do crime para todo o sistema social. Desde sua perspectiva funcional, a pena busca uma finalidade de prevenção geral positiva, almejando o restabelecimento da validez da norma, que foi questionada, comunicativamente, quando da prática de um crime. Para Feijoo Sánchez, o castigo, em Jakobs, tem a função de manter a estabilidade normativa e tratar das defraudações da lei, assegurando a vigência da norma perante a população em geral, evitando-se a sua erosão. Na lição do citado autor, Jakobs é um hegeliano funcionalizado, pois atribui uma função social à teoria da retribuição: manter a estabilidade da norma e marginalizar, em termos comunicativos, a defraudação operada pelo réu.

---

general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. t. 1: Fundamentos: la estrutura de la teoría del delito. p. 95-103. Também importa leitura, do mesmo autor: *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Veja, 2004. p. 43-47.

92. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La pena como institución juridica*: retribución y prevención general. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2014. p. 223-224.

93. Em certo sentido, corresponde ao pensamento de Santiago Mir Puig, na sua concepção de prevenção geral positiva limitada por princípios constitucionais. Ver MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 104-105.

E, no importante, a pena não busca, ao menos diretamente, considerações vinculadas à psicologia social (reforço cognitivo de valores), tampouco a ressocialização do infrator, à medida que sua finalidade termina com a manutenção do sistema penal[94]. No arremate, Jakobs, sob influxos da teoria sistêmica de Luhmann, entende que o direito penal, como um subsistema do direito, deve garantir a identidade normativa da sociedade, que se dá a partir da edição de normas (não por determinados estados ou bens jurídicos), na busca do exercício de fidelidade ao direito[95]. A dor penal serve para a salvaguarda cognitiva da vigência da norma (servindo de orientação aos potenciais delinquentes e, também, às próprias potenciais vítimas de uma sociedade), como espécie de uma contradição da negação da vigência da lei por parte da conduta do delinquente, garantindo-se o apoio cognitivo à norma. O direito penal e a pena não buscam, de modo prioritário, prevenir delitos, senão estabelecer uma reação diante do delito que assegure o exercício de fidelidade ao direito e a confiança na norma (prevenção geral positiva, à medida que se persegue um fim: manutenção da fidelidade à norma)[96].

Em síntese, para o funcionalismo de Jakobs, o direito penal não é um modo primário de prevenir delitos (trabalho para a polícia), mas uma reação do ordenamento jurídico que busca assegurar a fidelidade ao direito, que deve se manter como uma atitude natural da maioria das pessoas. Logo, o destinatário da pena não é o autor do crime ou outros delinquentes; ao contrário, são as pessoas fiéis ao direito que devem manter a confiança na eficácia da norma (função de prevenção geral positiva). Enfim, com o castigo não se pretende, de forma prioritária, intimidar a generalidade de pessoas (coação psicológica), mas, sim, manter a vigência da norma como esquema de orientação[97]. Nesse sentido, não atribui, de forma direta, fins preventivos à pena, diferentemente de Roxin, que, na sua teoria dialética da união, confere ao castigo o fim de

94. FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 234-241.

95. JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. v. 6. p. 1 e ss.

96. JAKOBS, Günther. *La pena estatal*: significado y finalidad. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 141 e ss.

97. *Ibid.*, p. 144-145. Nesse particular, cumpre notar que Jakobs admite que a pena pode lograr, de forma secundária e indireta, o efeito de prevenção geral negativa, produzindo medo e intimidação (ver p. 148). Importa leitura, no mesmo tema, de JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 19-55.

manter a paz social e evitar lesões a bens jurídicos. Registre-se, por fim, que o elemento sensível da teoria de Jakobs repousa na sua admissão da despersonalização da pessoa quando esta não prestar mínimo apoio cognitivo à vigência da norma, apartando-se, pelo seu modo de viver, do Estado de Direito (por exemplo: terroristas, criminosos sexuais, traficantes, reincidentes), quando, então, converte-se em fonte de perigo, perdendo a sua personalidade jurídica e, por isso, deve ser tratada como inimigo, com restrição severa no sistema de seus direitos e garantias[98-99].

Em termos de uma conclusão provisória, afirma-se que a teoria da prevenção geral positiva é a dominante na doutrina e jurisprudência na atualidade. Na dicção de Greco[100-101], não existe uma definição conceitual da prevenção geral positiva, sendo normalmente relacionada dogmaticamente quando se fala em *defesa do ordenamento jurídico*, *exercício de lealdade ao direito, exercício de reconhecimento das normas, conservação de valores jurídicos, força do direito para formar costume,* podendo fundamentar-se, no seu pensamento, como uma *razão prudencial*, dando bons motivos para se evitar más consequências (crime/pena); ou como *razões morais* para atuar (fazer algo porque é moralmente correto). De outra banda, na sua lição, pode-se falar de uma *prevenção geral positiva jurídica*, que estima que o caráter correto ou incorreto de um comportamento não se dá com referência ao sistema moral, mas, sim, por aquilo que determina o direito[102]. Tal distinção se revela importante, já que a outra vertente

98. Ver JAKOBS, Günther. *La pena estatal*: significado y finalidad. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 167-182.

99. Consultar JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. 3. ed. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Para uma discussão crítica e atual do direito penal do inimigo, de relevo a leitura de CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Montevideo; Buenos Aires, 2006. v. 1-2.

100. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 316 e ss. Destaca-se que a prevenção geral negativa, que se dá pela intimidação, é rejeitada, em regra, pela doutrina, é sustentada por Greco como fim legítimo da cominação penal.

101. No mesmo sentido, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e idividualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: UBDEF, 2016. p. 124 e ss.

102. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 316-318.

da prevenção geral positiva, a *moralizante*, pode deslizar para o moralismo e constituir-se em uma versão antiliberal (incompatível com o princípio da autonomia e voltada para o coletivismo)[103].

Em que pese a teoria hegemônica ser a teoria da prevenção geral positiva, não está isenta de críticas. Greco, nesse particular, diz que não é lícito ao Estado ensinar pelo castigo ou mediante coação, porque dita orientação não respeita a autonomia do sujeito na justa medida que a moralidade do cidadão não interessa ao Estado, sob pena de uma ingerência insuportável na sua liberdade[104]. Nas suas palavras, "La convicción moral es asunto del ciudadano. Sobre ella puede influir el Estado, pero no por medio de coacción (...)"[105]. Efetivamente, razão assiste a Greco quando estima que a prevenção geral positiva não é compatível com o princípio da autonomia, porque o Estado não está legitimado a penetrar, via coação, nas convicções do cidadão e no seu âmbito interno, além de carecer de comprovação empírica acerca da efetividade de dita prevenção. Em suma, a pena legítima, sob orientação liberal, *não tem lugar para o fim de prevenção geral positiva*[106], não podendo atuar como teoria da pena. Entretanto, pode ser utilizada, argumentativamente, para *justificar* a pena, ou seja, descrever e explicar a pena, bem como sua utilidade social[107]. Por tal motivo, a pena, para Greco, não possui o fim de gerar a compreensão do justo ou injusto, senão, seguindo Feuerbach, promover a *intimidação geral* (prevenção geral negativa). Entretanto, sustenta Greco que a *intimidação* não deve ser entendida em sentido psicológico (medo, temor); ao contrário, precisa ser apreendida sob orientação teórico-racionalista de *razões para atuar*, ou seja, como um *conceito funcional de intimidação prudencial*, a pena brinda o sujeito de razões e prudência para não cometer fatos puníveis, fundada na experiência (sensível e empírica) de que os homens, na sua vida cotidiana, são motivados por razões[108]. Por último, segundo o mencionado autor, para se contornar a tendência de a intimidação degenerar em um *terrorismo* de Estado, com a imposição de penas desproporcionais, ela deve ser restringida, deontologicamente, por princípios

103. *Ibid.*, p. 336.

104. *Ibid.*, p. 320-333.

105. *Ibid.*, p. 280.

106. *Ibid.*, p. 337.

107. *Ibid.*, p. 338.

108. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 339.

fundamentais do direito penal, como o da proporcionalidade, o da exclusiva proteção de bens jurídicos, bem como da culpabilidade[109].

No limite, tomando posição sobre o tema, entende-se que a teoria de Greco, na notável reabilitação da teoria de Feuerbach, sob forma de uma *intimidação funcional-prudencial*, revela-se adequada, já que respeita o princípio da autonomia e liberdade, de cariz liberal e, por isso, fundamental ao postulado do Estado Democrático de Direito. Ora, caso assuma que a pena possui a função de dar razões para o não cometimento de crimes, sem atender às orientações morais ou a interesses da coletividade, com o objetivo de evitar lesões a bens jurídicos, contornam-se as aporias da teoria da prevenção geral positiva (aqui, incluindo-se as teorias unificadoras ou ecléticas), que se apresentam na problemática questão de *educar pela pena*, sem falar da ausência de comprovação fática do cumprimento da função de evitar a prática de delitos.

Em suma, sem a pretensão de esgotar a discussão a respeito da culpabilidade e fins da pena, procedeu-se um breve resgate no conceito de culpabilidade e as teorias da pena, com ênfase nas teorias hegemônicas, que pareceu adequado, uma vez que há uma estrita ligação entre os fins da pena e a individualização judicial, revelando-se oportuno revisar o princípio da culpabilidade, ainda que se constitua em *um tema (metafísico) eterno* do direito penal, ele cumpre uma função de vital importância à efetivação dos direitos fundamentais do réu, limitando o direito de punir do Estado na fase da individualização judicial[110], estabelecendo uma prevenção limitada à culpabilidade[111]. Com efeito, já restou assentado que a culpabilidade pode assumir as seguintes concepções: a) como categoria dogmática (elemento do crime, junto com a tipicidade e a ilicitude); e, b) num segundo plano, como limite político-criminal do direito de punir do Estado[112]. Dessa forma, o conceito político-criminal inclui os princípios da culpabilidade pessoal ou responsabilidade subjetiva (proibição de responsabilização pelo fato de terceiro), de responsabilidade pelo fato, da presunção de inocência e da individualização da pena[113]. Logo, o princípio da culpabilidade,

109. *Ibid.*, p. 315-316.

110. Segundo BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 143 e ss.

111. ROXIN, *op. cit.*, p. 149.

112. SMANIO, Gianpaulo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal*: criminologia, princípios e cidadania. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 171.

113. Conforme BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 181.

além de fundamentar o castigo, atua na fase de individualização da pena (na forma do art. 5, XLVI, da CF/1988)[114], sendo utilizado como parâmetro racional de medição da pena[115], permitindo verificar a menor ou maior gravidade do fato, no que é informada pelo desvalor da ação e do resultado (grau de lesão ao bem jurídico), nível de consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma e, por fim, de elementos ligados ao agente (personalidade, desde que, por óbvio, sejam legítimos)[116]. Sob essa ótica da *culpabilidade como critério de medição da pena*[117], no intuito de evitar valorações indevidas[118], na busca de uma racionalidade ao processo, o estudo volta-se às teorias da individualização judicial da pena para ver o que elas dizem ao processo.

3. AS TEORIAS DA INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA

Destacou-se, no corpo do presente trabalho, que o ato de individualização judicial da pena é um ato de decisão juridicamente vinculado e, portanto, constitui-se em um processo racional e desligado do intuicionismo ou arbitrariedade judicial. Enfim, é ato de aplicação do direito, que não se confunde com apreciação subjetiva do juiz[119]. Por outro lado, demonstrou-se que dito processo racional está ligado aos fins que se atribuem ao direito penal, havendo uma estreita conexão entre o sistema do controle penal e a individualização

114. Ver ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. 2. ed. Madrid; Thomson Civitas, 2003. p. 99-101.

115. TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470/MG do STF (Caso Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, p. 18-26, jan./fev. 2014.

116. Consultar SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 287-294.

117. Ver BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 161 e ss.

118. Conforme TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 411-412. Na lição de Tavares, a culpabilidade só se legitima à medida que pode servir como critério de limitação do poder punitivo do Estado, devendo, por isso, ser fundada em juízo normativo, baseada no princípio da proporcionalidade. E, na missão de proteger a liberdade individual, a culpabilidade, conforme o autor, servindo de limite à pena superior, estabelece uma vinculação concreta entre a conduta injusta e as condições pessoais de agente.

119. Conforme HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de invividualización de la pena*. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. p. 140.

da pena. Logo, o juiz não pode individualizar a reprimenda de modo arbitrário, senão que observando a lei, os princípios constitucionais e, por último, os fins da pena[120]. Sob essa ótica, não pode perder de vista que a *pena é um mal*[121], *um dano lesivo*, dotada da utilidade social de proteção à sociedade, mediante prevenção de delitos e proteção a bens jurídicos. A história da justificação do direito penal corresponde à pretensão de conferir legitimidade à pena, que inicia com a *teoria absoluta da retribuição*, que justificava a pena, exclusivamente, com o fato cometido (herdada da filosofia clássica de Kant e Hegel, imposta como necessidade absoluta, derivada de um mandato de justiça ou de fundamentação jurídica), prescindindo de fins de utilidade social, pecando, por isso, conforme crítica majoritária (não serve ao Estado moderno, além de não conter limites ao poder punitivo estatal).

Ao abandono das *teorias absolutas puras*, ou seja, aquelas despidas de quaisquer fins preventivos, corresponde a consolidação das *teorias preventivas*, isto é, aquelas que conferem à penalidade uma função social de prevenção de delitos, em contraposição às teorias absolutas, que conferem à pena um fim em si mesma. Tais teorias relativas da prevenção dividem-se em: a) *prevenção geral negativa*, cujo desenvolvimento moderno deve-se a Feuerbach e seu pensamento da *coação psicológica* (efeito dissuasório da pena centrar-se-ia na influência psicológica da ameaça penal), muito criticada (pelo seu terror penal) e, de certa forma, também abandonada pela doutrina na sua versão original e, por outro lado, aceita em releituras atuais da *razão prudencial* de Greco ou *razão dialética* de Hernández[122]; e b) *prevenção geral positiva* (*geral* ou *especial*), que não é unitária e comporta várias divisões, embora encontre o denominador comum de atribuir fins preventivos ao momento de cominação da pena (consistindo em uma *teoria de uma pena imposta*), dotando-lhe do efeito de proteção aos valores sociais e chegando até à vigência da norma e à ressocialização do infrator. As suas insuficiências são conhecidas: a instrumentalização do homem para fins preventivos e uma problemática confusão entre direito e moral. E dito resgate histórico finaliza com as *teorias mistas ou ecléticas*, as protagonistas (dominantes na Espanha e Alemanha), que se consolidaram a partir das insuficiências das teorias da retribuição e prevenção, que estimam que a retribuição atende ao princípio da culpabilidade

120. Consultar PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 43-74.

121. HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de invividualización de la pena*. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. p. 54-55.

122. Ver HERNÁNDEZ, p. 56-70.

(retribuição funcional), que, além disso, sob o limite da culpabilidade, restringe os fins preventivos e utilitaristas da pena[123]. Após tal resenha, passa-se ao estudo das principais teorias da determinação judicial da pena[124], construídas pela dogmática jurídica germânica.

3.1. A teoria da pena exata ou pontual

A chamada teoria da pena exata ou pontual considera ser possível calcular, exatamente, no caso concreto, qual a pena que corresponde à culpabilidade do autor. Em outros termos, defende que existe uma única pena que corresponde à culpabilidade, ou seja, à censurabilidade deve corresponder uma pena exatamente determinada, admitindo que, dentro de certos limites do conhecimento humano, haja discussão sobre a magnitude da pena adequada, mas que isso não possa ocorrer no *plano ideal*, conforme sustenta, por exemplo, Arthur Kaufmann[125]. Logo, afirmando-se que a culpabilidade pode conduzir a uma pena exata, por si mesma, nega-se a existência de um *espaço de jogo* na sua concreção, porque só existe uma única pena justa e adequada ao fato culpável atribuído a determinado autor[126].

Conforme Demetrio Crespo, tal teoria é criticável sob dois pontos de vista: por pressupor que a culpabilidade possa, em algum caso, conduzir a um ponto exato da culpabilidade, bem como pelo absoluto imobilismo político-criminal, referindo que tal magnitude não existe em absoluto, até porque corresponderia a um conceito metafísico de culpabilidade capaz de dizer, em cada caso, a pena *merecida* pelo autor, estabelecendo uma retribuição como fim da pena[127]. Já Roxin, por seu turno, aduz que a teoria da pena exata é incompatível com

123. *Ibid.*, p. 70-84.

124. No trato do tema, importa leitura de STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do núcleo político no julgamento da APn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, p. 269-293, jan./fev. 2014. Também, da mesma autora: Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, p. 53-99, set./out. 2013.

125. Ver ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. 2. ed. Madrid; Thomson Civitas, 2003. p. 96.

126. Conforme DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 234.

127. *Ibid.*, p. 235.

a lei, em razão de que o legislador alemão não vedar que, dentro de um marco determinado, se imponha uma pena inferior ou superior ao que corresponde à culpabilidade, a que se chega com a teoria da margem da liberdade ou do espaço de jogo[128].

3.2. A teoria do espaço de jogo

A teoria do espaço de jogo, apartando-se dos fundamentos da pena pontual, parte do pressuposto de que a pena adequada à culpabilidade não pode ser exatamente determinada, pois há um espaço de jogo ou manobra entre o mínimo e o máximo de pena assentado pelo princípio da culpabilidade. Ou seja, não se pode determinar, de antemão e com precisão, qual a pena corresponde à culpabilidade, pois existe *uma margem de liberdade*, que fica, entretanto, limitada pelo grau máximo de pena informada pela culpabilidade, que não pode ser ultrapassada pelo juiz, ao qual não é permitido impor uma pena (pela magnitude ou natureza) de maior gravidade indicada pelo juízo de reprovação da conduta pessoal do autor. Agora, até se chegar ao limite máximo, há uma margem de liberdade ou espaço de jogo ao julgador. Como ensina Roxin, o que é *merecido* não pode ser escrito com precisão como um conceito metafísico, senão como resultado de um processo psicovalorativo mutável, atendendo a valorações da comunidade e, que, por isso, não pode ser determinado de forma exata[129].

Tal teoria foi formulada pela jurisprudência alemã, a qual sustenta que não se pode determinar, com precisão, que pena corresponde à culpabilidade, devendo, com uma margem de liberdade, ser fixada caso a caso, pois é só assim que a pena, com a finalidade político-social de restabelecer a paz jurídica perturbada e fortalecer a consciência jurídica da comunidade, pode ser determinada segundo o grau de culpabilidade[130]. A pena adequada à culpabilidade compreende um marco determinado entre o mínimo e o máximo, consistindo em uma fase intermediária no caminho à determinação da pena concreta. Seu pressuposto teórico fundamental é o de que não existe, no caso concreto, uma quantidade fixa da pena, senão que se desenvolve em uma margem de manobra

128. ROXIN, *op. cit.*, p. 101.

129. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 96-97.

130. *Ibid.*, p. 96.

do julgador[131]. Na lição de Demetrio Crespo, a teoria do espaço de jogo busca um equilíbrio entre a função preventiva da pena e seus limites deontológicos dos princípios da proporcionalidade, da gravidade do injusto e a culpabilidade do autor. Portanto, na determinação judicial da pena, jogam os fins preventivos, os quais podem conduzir ao máximo ou ao mínimo da pena, nos marcos da culpabilidade, procurando, em suma, solucionar o problema das antinomias entre os fins da pena, a saber: a) a compensação da culpabilidade (ou retribuição); e b) a prevenção geral e especial, reduzindo a margem de discricionariedade judicial[132].

Todavia, o que se revela sensível é que os limites (entre o mínimo e o máximo) são por demais difusos ou flexíveis, e a teoria não informa, conforme correta análise crítica de Demetrio Crespo, quais são os critérios que devem ser estimados pelo julgador para dotar de conteúdo essa margem de liberdade (que não pode ficar no âmbito da discricionariedade), que, parecendo claro, para ele, terão de ser os critérios de prevenção geral especial (ressocialização do réu ou a sua não dessocialização), não podendo contar a prevenção geral[133].

Roxin, por seu turno, entende que a justificação da teoria do espaço de jogo supõe que a pena não tem fim em si mesma (afastando-se dos fundamentos da retribuição), a não ser como um instrumento a serviço de um fim político-criminal. Por isso, segundo o autor, a pena adequada à culpabilidade serve à prevenção geral, enquanto a pena for aceita pela sociedade como justa, auxiliando na estabilização da consciência jurídica[134]. Dessa forma, a margem de liberdade é complementada por fins preventivos, podendo o juiz impor qualquer pena dentro dos limites da culpabilidade, elegendo, todavia, aquela mais adequada à ressocialização do infrator, rechaçando, entretanto, a prevenção intimidatória, que, reprimindo pelo medo, permite ao direito penal ir além do necessário[135]. Por fim, defende que a culpabilidade funcione como um limite máximo – fim protetor liberal do princípio da culpabilidade –, impedindo que, por razões preventivas (prevenção geral e especial positiva), se imponham penas

131. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 236-237.

132. *Ibid.*, p. 239.

133. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 247-248.

134. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 97-98.

135. *Ibid.*, p. 100-101.

superiores ao limite indicado pelo marco da culpabilidade. Somente assim a culpabilidade cumpre *a função de impor limites ao poder de intervenção estatal pela ideia do merecido*[136]. Derradeiramente, Roxin defende que se pode impor uma pena inferior ao grau determinado pela culpabilidade, situação, segundo ele, não muito clara, para atender a razões de prevenção geral especial, ou seja, na busca da ressocialização/recuperação do réu, por exemplo, penas de larga duração[137].

Tatjana Hörnle critica a teoria do espaço de jogo, reputando-a *demasiado vaga* para ter o rendimento prático que dela se espera. Segundo a autora, como a teoria se centra nos fins preventivos, descuida-se do fato e sua gravidade (que, para ela, deve girar em torno da proporcionalidade). Em suma, para Hörnle, o problema central da teoria em comento é a ausência de critérios legais para se chegar à pena justa, os quais necessitam ser estabelecidos com claridade, a fim de que se possa estimar a gravidade concreta do crime. Também, refere que os críticos da prevenção geral e especial sustentam que ela estabelece uma *via livre* aos juízes, permitindo-lhes seguir suas ideologias morais sobre prevenção, utilizando-se do delinquente para fins preventivos[138].

Em suma, a teoria da margem de liberdade ou do espaço de jogo, acolhida pela jurisprudência alemã e reputada correta por Roxin, procurando resolver a antinomia entre a retribuição e prevenção como fins da pena, sustenta que a retribuição da culpabilidade não permite chegar a uma pena exata; ao contrário, estabelece o máximo e o mínimo, quadro esse que confere margem de manobra ao juiz que pode mover-se, orientado por critérios preventivos (restando saber quais: geral, especial, de intimidação?). Nesse marco, entretanto não poderá ultrapassar o máximo estabelecido pela culpabilidade, sendo lícito, no entanto, fixar-se uma pena aquém do mínimo informado pela culpabilidade, a fim de evitar a dessocialização do réu.

3.3. A teoria do valor hierárquico do emprego

A teoria do valor hierárquico do emprego, formulada por Heinrich Henkel, reelaborada dogmaticamente por Horn e formulada criminalmente por Schöch,

136. *Ibid.*, p. 103.

137. *Ibid.*, p. 104-113.

138. HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Trad. Santiago Martínez *et al*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 27-36.

segundo Roxin, apresenta uma solução para as antinomias dos fins da pena (discussão entre retribucionistas e prevencionistas), atribuindo à retribuição e à prevenção um valor de emprego na determinação judicial da pena. Para tal teoria, a determinação da magnitude da pena deve atender, unicamente, ao caráter retributivo da culpabilidade, abstraindo de todo critério preventivo; agora, a decisão sobre a pena privativa de liberdade ou multa, substituição condicional da pena e outras substituições devem vir informadas, exclusivamente, por razões preventivas[139]. Dito em outros termos, a pena judicial passa por duas fases, em que a primeira – a da pena fundamentada na culpabilidade – estabelece o tempo de duração da pena, enquanto a segunda – atendendo a fins preventivos – cuida de selecionar que tipo de pena (e suas posições substituições e/ou não aplicação) deverá ser aplicada. A teoria corresponde, parcialmente, à teoria da pena exata, já que a culpabilidade deve concluir, na essência, a individualização da pena[140].

Enfim, a teoria do valor hierárquico do emprego ou do valor posicional *resolve* o dilema da culpabilidade (enquanto retribuição) e prevenção, assegurando à culpabilidade a missão da duração da pena (determinação da pena em sentido estrito); à prevenção corresponderia a fase de orientar a decisão de se suspender ou não a execução da pena ou que medida deve ser estabelecida, importando só a prevenção especial[141].

O problema da teoria, nos ensinamentos de Roxin, é que deixa importantes considerações fora do âmbito da culpabilidade, que não só fundamenta a pena mas também outras questões, tais como a substituição da pena privativa de liberdade pela multa ou a suspensão condicional da execução da pena, entre outras. Além disso, prescinde dos fins preventivos na hora de estabelecer a magnitude da pena, revelando-se, do ponto de vista teleológico, difícil imaginar uma *distribuição* da retribuição da culpabilidade e da prevenção em diferentes estágios, mormente pelo fato de que os fins regem a pena concreta[142]. Entretanto, a teoria merece aplauso quando exclui, do âmbito da determinação

139. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 117-118.

140. Conforme DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 252.

141. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 725.

142. Segundo DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 253.

da pena, as considerações de prevenção geral, quando conduzam a uma agravação da pena, visto que ultrapassa o limite da culpabilidade[143].

3.4. A teoria do ato de gestação social

Esta teoria foi defendida por Eduard Dreher, o qual sustentou que a determinação pontual da pena adequada à culpabilidade não se revela possível objetivamente, em face da riqueza do conhecimento humano, criticando, nesse particular, a teoria do espaço de jogo, que, na sua lição, carece de determinação objetiva. Na sua ideia, a pena adequada à culpabilidade se estabelece segundo a consciência de certa comunidade jurídica, que deve ser *criada* pelo juiz como um verdadeiro ato de gestão, tendo que se orientar pelas pautas valorativas do ordenamento jurídico[144]. Entende, sob essa ótica, que a própria gravidade da culpabilidade encerra sobre um ato valorativo, para a qual concorrem inúmeros fatores, desde os normativos/dogmáticos até os fatos sociais, próprios de uma sociedade plural.

Em suma, o juiz não encontra, na sua operação, uma pena adequada e pontual, senão que ele mesmo a cria em um ato gerador, que se dá em determinado marco social, até porque se trata de um fenômeno social, deixando, entretanto, a pena na dependência de valorações difusas como a *convicção jurídica da sociedade*[145].

3.5. A teoria da pena proporcional ou da proporcionalidade pelo fato

A teoria da pena proporcional ao fato é a doutrina da individualização judicial da pena dominante nos países escandinavos, aparecendo vinculada com uma nova corrente político-criminal denominada *neoclassicismo*[146]. Trata-se de uma teoria que se desenvolve a partir dos fundamentos da teoria da pena pontual, também desenvolvida nos EUA e na Inglaterra, principalmente pelos trabalhos de Andrew von Hirsch. Na Alemanha, é sufragada por poucos autores, como Bernd Schünemann e Hans-Jörg Albrecht, centrando-se no argumento de

143. Consultar ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 118-145.

144. Na lição de DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, p. 248-249.

145. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 250-251.

146. *Ibid.*, p. 257.

que a pena deve se orientar, tão só, pela gravidade do fato[147]. O seu surgimento provocou amplos questionamentos dos modelos de individualização judicial do castigo até então existentes, especialmente na Alemanha e Espanha[148] (impregnadas pela *ideologia do tratamento*), pois o movimento denominado *neoclassicismo*[149] pretendia controlar o poder punitivo do Estado, exigindo dele uma estrita vinculação aos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e acurada proporcionalidade[150]. Por tal razão, apresenta-se, no debate da individualização judicial do castigo, como um pensamento crítico da corrente prática judicial, orientada pela prevenção especial[151-152] e seu saber direcionado à ressocialização do infrator, que, não raro, instrumentalizava o indivíduo em prol de uma prevenção situacional, legitimando, por fim, penas draconianas, com a finalidade de *emendar* e *corrigir* o criminoso. Em outras palavras, a proposta garantista do *neoclassicismo* aparece num cenário de decepção com relação ao ideal ressocializador, combatendo os excessos da *ideologia do tratamento*, assumindo a premissa segundo a qual a prevenção geral de delitos é o que legitima o direito penal, mas no estrito respeito às garantias do Estado de Direito e ao princípio da proporcionalidade com a gravidade do fato[153].

147. HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Trad. Santiago Martínez *et al*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 29.

148. STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da APn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, p. 269-293, jan./fev. 2014.

149. Ver ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33 e ss.

150. LORENZO, María Martín. Una explicación dual del castigo: comentário crítico de la propuesta de Von Hirsch y Hörnle. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 533-534,1997. Disponível em: [portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/mariamartin.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

151. Cumpre destacar que, na atualidade, há um razoável acordo segundo o qual a pena somente pode justificar-se por considerações preventivas, apresentando-se, em primeiro plano, a teoria da prevenção geral positiva, embora as finalidades que se pretendam alcançar com essa teoria da pena sejam muito variáveis. Nesse sentido, PERALTA, José Milton. Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. *InDret*, Barcelona, n. 2, abr. 2008. p. 4. Disponível em: [www.raco.cat/index. php/InDret/article/view/124253]. Acesso em: 20.02.2015.

152. HÖRNLE, Tatjana, *op. cit.*, p. 23-36, critica a utilização de fins preventivos gerais ou especiais na individualização judicial da pena.

153. Conforme SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2010. p. 37-38.

Cuida-se de certo retorno ao constitucionalismo liberal do século XIX, que, segundo Silva Sánchez, nos EUA, recebe o nome de *just-deserts-theory* ou *just--deserts-moviment*, movimento teórico que pretendia controlar o direito de punir do Estado, exigindo dele uma estrita vinculação aos princípios constitucionais, especialmente da proporcionalidade, seriamente violados pela arbitrariedade judicial, que preponderava nos países que adotavam os fundamentos da *ideologia do tratamento*[154]. Dito de outro modo, a teoria da proporcionalidade foi apresentada em um contexto de resistência e oposição teórica aos efeitos *perniciosos* de uma práxis judicial orientada pela prevenção especial como critério de legitimação da penal[155], notadamente, em um estado da arte informado pelo desencanto com as práticas ressocializadoras implementadas nos anos 1960/1970, acarretando certo abandono da utopia ressocializadora como função central do direito penal[156], abrindo-se, nos últimos anos, uma via para o denominado direito penal mínimo[157].

No limite, o contexto fático da consolidação da teoria da proporcionalidade do fato repousa na *crise* das práticas ressocializadoras instrumentalizadas nos anos 1970, que viam na prisão, o núcleo central[158], surgida da famosa constatação de Robert Martison, expressa no sentido de que *nada funciona*[159], revisando a funcionalidade da *ideologia do tratamento*. A revisão crítica do modelo correicional levou à reabilitação do sistema garantista *neoclássico*, que pretendia recuperar, no âmbito da determinação da pena, princípios normativos liberais do Estado de Direito, vinculados, tradicionalmente, à teoria da prevenção geral,

154. *Ibid.*, p. 38-43.

155. STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, p. 54-99, set./out. 2013.

156. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 403, 2007. p. 6. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

157. SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 43 e ss.

158. Ver, por todos, GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 41 e ss.

159. STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da APn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, p. 270-271, jan./fev. 2014.

na lição de Feijoo Sánchez[160]. Sob essa ótica, a corrente neoclássica da *pena proporcional* se caracteriza pela busca da justiça, igualdade e transparência no trato da individualização da pena, centrando-se na gravidade retrospectiva do fato, no momento de determinar a pena, contestando o argumento segundo o qual a magnitude da pena possa ser incrementada em razão de prognoses futuras (e, pois, preventivas). Em suma, a teoria proporcional da pena, exposta, inicialmente, por Von Hirsch[161] e Tatjana Hörnle[162], entre outros, opõe-se aos teóricos da prevenção especial, buscando sistematizar variantes que possibilitem a construção de uma *dogmática da pena*; uma teoria complexa, que não pretende se estabelecer em termos absolutos, com a finalidade de reduzir a margem de arbitrariedade nas decisões judiciais. Para tanto, reafirma a tese de que a política criminal (ou a programação social e política do controle penal) deve chegar ao juiz na forma de enunciados normativos, que não podem ser, substancialmente, distintos dos enunciados da teoria do crime[163].

Sob esse aspecto, a teoria da determinação da pena corresponde a uma continuação quantitativa da teoria do delito, entendendo que uma pena deve ser ajustada à culpabilidade do indivíduo, merecendo, por isso, adaptar-se às categorias do injusto objetivo (ação e desvalor do resultado) e subjetivo (culpabilidade como limite das funções preventivas). Disso resulta que o método de quantificação da pena está, intimamente, ligado ao conceito de injusto e culpabilidade, ou seja, à gravidade do fato (ideia central no processo de individualização da pena). O castigo, portanto, deve ser proporcional ao fato delituoso, numa orientação retrospectiva, não se rendendo ao futuro e, sobretudo, por considerações acerca da vida do autor[164]. A pena relaciona-se com o pensamento de uma prevenção geral positiva, limitada pela culpabilidade e pela sua proporcionalidade com o

160. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2010. p. 6-7.

161. VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid, 1988.

162. HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Trad. Santiago Martínez *et al*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 45 e ss.

163. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, Barcelona, v. 2, abr. 2007. p. 6. Disponível em: [www.indret.com/pdf/426_es.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

164. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 403, 2007. p. 6. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

fato delituoso[165]. Dessa forma, a teoria da pena proporcional defende a supressão de uma orientação por critérios ligados à prevenção especial e à personalidade do autor, sob o argumento crítico de que o Judiciário, baseado em considerações ligadas à vida do autor, conferem à penalidade aumentos injustificados. Nesse particular, o pensamento de Hörnle[166], que admite ser possível uma atenção, em certas circunstâncias ligadas à vida do delinquente, contudo, limitada a uma teoria proporcional. Por outro lado, para se constatar a gravidade do fato (aspecto central da teoria), cumpre que se dê destaque à perspectiva da vítima, que, pela mensagem que emite, favorece uma apreensão racional da gravidade do crime. E, nessa perspectiva, a proporção do dano sofrido constitui ferramenta valiosa para a classificação do delito, além de eventual contribuição da vítima no evento (incremento do risco)[167]. Em síntese, para Hörle, a pena adequada ou proporcional deve focar-se em torno da gravidade do fato (com foco no comportamento da vítima) e do grau de culpabilidade pessoal do autor, despida de considerações de índole preventivas[168].

A teoria da pena proporcional foi recepcionada, no Brasil, por Juarez Tavares, na sua teoria do *caráter negativo/limitativo da culpabilidade*. Tavares aduz que a culpabilidade não implica reprovação, tampouco declaração de incompatibilidade para com a ordem jurídica. Ao contrário, cuida-se de um processo de avaliação em que se verifica se é possível desculpar a conduta do agente, com base nos elementos relacionados à sua conduta. Daí o motivo, segundo o referido autor, de a conduta possuir uma função relevante na teoria do delito, solidificando o sistema de garantias, mormente pelo fato de que a conduta é um processo de comunicação dentro de uma prática social[169]. Logo, para Tavares, os elementos do conceito de ação, notadamente, no seu desvalor, estendem-se à culpabilidade

165. *Ibid.*, p. 7.

166. HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Trad. Santiago Martínez *et al*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 58 e ss.

167. Conforme STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, p. 58-59, set./out. 2013.

168. Ver STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da APn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, jan./fev. 2014. p. 273.

169. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 412-413.

(promovendo uma associação entre os elementos do crime e a culpabilidade)[170], produzindo os seguintes efeitos: a) impede a responsabilização do agente quando restar comprovado que não se possa estabelecer um processo de comunicação com a norma: b) amplia o espaço para análise dos elementos empíricos ligados à vida social do agente e aos preceitos de vigência da norma; c) submete a norma a uma constante crítica, questionando sua racionalidade/legitimidade[171]. Assim, o conceito de ação, no âmbito da culpabilidade, ilumina a conduta do agente sob a perspectiva da violação da norma, impedindo, no que é fundamental, que o julgador possa visualizar o autor pela sua conduta de vida ou seu caráter, vedando que se valorem elementos particulares e próprios da condução de vida do agente. Adotando-se tal perspectiva, conforme Tavares, combatem-se juízos morais, à medida que o juízo negativo da capacidade de motivação do agente se dá por um viés jurídico, e não moral. Ora, se o juízo de culpabilidade se erige como uma barreira de proteção do autor contra o Estado, com o objetivo de evitar a sua instrumentalização em prol de interesses preventivos, a culpabilidade não pode ser informada por elementos abstratos ou juízos aléticos[172], que, no extremo, podem conduzir a um mero juízo hipotético, fundado na parcialidade ideológica do julgador, não raro, baseada em concepções arbitrárias e autoritárias, transferindo, ao caso concreto, "toda sua problemática individual e social, bem como sua posição dentro das estruturas integrantes da sociedade, notadamente, nas classes sociais preponderantes nessas estruturas"[173]. Não é por outra razão que o juízo da culpabilidade, na lente do citado autor, deve ser informado por elementos normativos, muito especialmente, pelo desvalor da ação e do resultado, na estrita atenção ao princípio da proporcionalidade.

Para Tavares, portanto, a culpabilidade é avaliada pela gravidade do fato, ou seja, pela concretização do resultado ou de perigo de lesão ao bem jurídico, estabelecendo uma relação proporcional, evitando uma penalização desproporcional do injusto praticado, como é o caso das lesões insignificantes, bem como na exasperação da pena no caso de reincidência. Para tal mister, o autor abandona fundamentos deterministas como o do livre-arbítrio, notando que o

170. Conforme STOCO, *op. cit.*, 2014, p. 273.

171. Segundo TAVARES, *op. cit.*, p. 413.

172. TAVARES, Juarez. Culpabilidade de individualização da pena. *In*: NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

173. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 415.

que deve ser verificado, na avaliação da culpabilidade, é o grau de *autonomia do agente* na realização do fato. Logo, a determinação da magnitude da pena é informada pela autonomia do sujeito e a gravidade do resultado, traduzidas em ofensa significativa ao bem jurídico[174].

A teoria da pena proporcional ao fato, na lição de Santiago Mir Puig[175], também informou a legislação espanhola, que se centra na gravidade do fato e em circunstâncias modificativas (personalidade do agente). Sob esse aspecto, sustenta Mir Puig que, da análise do Código Penal espanhol, o princípio da culpabilidade deve ser recepcionado como exigência de proporcionalidade, não podendo ser combinado com fins preventivo. Nessa mesma perspectiva, caminha a doutrina de Demetrio Crespo[176], que, partindo da análise do art. 66 do Código Penal espanhol de 1995 (o qual dispõe que os critérios para a individualização da pena são: a) a maior ou menor gravidade do fato; b) as circunstâncias pessoais do delinquente), defende que a culpabilidade deve ser proporcional ao fato. Entretanto, em que pese a firmação ser clara, entende que é incompleta (não representa mais do que uma *declaração de princípios*), reclamando sua integração com o conjunto sistemático da individualização da pena, muito especialmente, pela teoria dos fins da pena e dos fatores reais que contam para dita individualização judicial[177]. Em contrapartida, concorda que, desde o ponto da prevenção geral, o processo de individualização judicial da pena, efetivamente, se apresenta como exigência de proporcionalidade. Logo, com tais ressalvas, o autor acolhe fundamentos da referida teoria, aludindo que a *necessidade de proporcionalidade* entre o fato delituoso e a pena constitui um *limite negativo* à prevenção geral, como fim do direito penal e à pena, evitando-se castigos imoderados a crimes de escassa gravidade, que o sentido positivo (punir para prevenir) da prevenção geral pode causar. Em síntese, a culpabilidade proporcional à gravidade do fato, como exigência do princípio da culpabilidade (entendida como conjunto de garantias constitucionais derivadas do Estado de Direito) veda qualquer aumento de pena inspirado por critérios de

174. TAVARES, *op. cit.*, p. 134-139.

175. Consultar MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 725 e ss.

176. Consultar DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 323-361, 1997.

177. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 332-333, 1997.

prevenção geral (possibilidade de repetição do fato delitivo, por exemplo), que não se constitui em fator final na fase de individualização da reprimenda; ao contrário, a pena proporcional ao fato é um limite negativo à prevenção geral, uma garantia constitucional[178].

No limite, a teoria *neoclássica* da pena proporcional à gravidade do fato defende que a individualização judicial da pena tem de ser presidida por dois critérios nucleares: a) a gravidade do fato, desde a perspectiva da vítima e lesão aos seus bens jurídicos; b) circunstâncias pessoais dos réus (sua socialização, educação, inclusão social, não se confundindo com a culpabilidade pela sua condução de vida), dotadas da função crítica de questionar aumentos de pena informados pela vida de relação do réu (como a reincidência) e penas elevadas para crimes de escassa gravidade. Desenvolve-se, conforme Feijoo Sánchez, nos marcos de uma teoria de prevenção geral intimidatória, desligando de critérios de ordem social[179].

Por fim, alude-se que a teoria em questão suscita alguns inconvenientes que iniciam no fato de que gira em torno de critérios de prevenção geral intimidatória, ressentindo-se, assim, de limites ao pensamento preventivo[180]. Por outro lado, trata-se de uma teoria individualista, já que toma em consideração, para a determinação da pena, tão só a perspectiva da vítima, descuidando da dimensão social do crime ou da lesividade comum, na apreciação crítica de Feijoo Sánchez[181], que, além disso, refere que a teoria confere um excessivo valor à produção do resultado típico. Também é problemática, ainda na pena do referido autor, pelo fato de não ser informada pela teoria dos fins da pena, o que ele reputa ser imprescindível para se determinar ser justa medida[182]. No que se refere aos seus aspectos positivos, cumpre ressaltar que se trata de uma teoria sobre os fatores relacionados ao injusto penal e à culpabilidade, que são relevantes ao processo de individualização, relacionando a concreção com a teoria

178. *Idem.*

179. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 403, 2007. p. 7. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.20.2015.

180. Por esse motivo, é rechaçada por Demetrio Crespo, que reputa a teoria *neoclássica* da pena proporcional de assumir um caráter retribuitivo, na sua perspectiva de *compensação de culpabilidade*. Ver DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *op. cit.*, p. 341.

181. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 403, 2007. p. 8. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

182. *Ibid.*, p. 8-9.

do crime. Dessa maneira, reduz-se o campo da preocupante arbitrariedade judicial que impera em tal fase, vinculando a magnitude da pena a critérios objetivos, notadamente, a gravidade do fato e a lesão e a magnitude da lesão a bens jurídicos[183], permitindo a *normativização* dos vetores utilizados pelo juiz para determinar a pena adequada ao caso concreto, excluindo outros fatores que, na práxis, são utilizados, de forma ilegítima (por carecerem de vinculação normativa) na determinação da pena, podendo ser citado o exemplo de majorações atinentes à vida pregressa do réu, evitando a arbitrariedade e insegurança jurídica[184].

4. Algumas conclusões provisórias para a necessária racionalização do processo judicial de individualização da pena

1. Uma primeira consideração que pode ser apresentada repousa na afirmação de que a natureza jurídica do ato de individualização judicial da pena é um *ato de discricionariedade vinculado*, o que o afasta do *arbítrio judicial* ou de *uma liberdade do juiz em termos absolutos*. Com efeito, o arbítrio não pode ter espaço no âmbito do direito; ao contrário, o julgador tem uma obrigação legal de eleger uma pena adequada e justa ao caso concreto. E a vinculação do juiz com a lei também se refere às possíveis interpretações do referencial legal (compreensões valorativas) e aos princípios constitucionais que informam o sistema penal. Logo, a concreção da pena deve ser *motivada*, garantia processual que se constitui em um direito fundamental da pessoa, já que, somente com a fundamentação (desde o relato fático à subsunção dos dados fáticos ao tipo penal e à mensuração da pena) é que se podem analisar a motivação racional da sentença e seu acerto ou incorreção. A devida fundamentação é ponto de partida para se coibirem as arbitrariedades[185].

2. Uma segunda conclusão a que se chega é que a pedra de toque para a medição judicial da pena remete à culpabilidade e à sua ligação (ou não, como sustenta, por exemplo, a teoria da pena proporcional à gravidade do fato) com os fins da pena ou do direito penal. Anota-se que, nos sistemas espanhol e germânico, é dominante o pensamento no sentido de que a pena concreta deve

183. *Ibid.*, p. 9.

184. Conforme Demetrio Crespo, o que não se confunde com o conceito *perigoso da vida anterior do réu* (reincidência). Ver DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, 1997. p. 351-352.

185. Consultar DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 353-362.

ser orientada pelos fins. Na Espanha, prepondera a prevenção especial (não dessocialização do réu), enquanto na Alemanha a teoria dominante é a do espaço de jogo, combinando, portanto, a retribuição funcional da culpabilidade e a prevenção geral positiva. Dessa maneira, *a retribuição* da culpabilidade pode ser combinada com fins preventivos. Sob tal aspecto, destaca-se que as teorias mistas (ou dialéticas, que são majoritárias, mormente na forma da prevenção geral positiva, cujos principais expoentes são Roxin e Jakobs) defendem que a pena, além da retribuição da culpabilidade, cumpre funções preventivas para assegurar a proteção de bens jurídicos, valores sociais ou a vigência da norma, entretanto, no limite informado pelo princípio da culpabilidade. Sob essa ótica, há defesa de uma prevenção geral negativa, especialmente na apresentada por Greco (teoria de *razões* prudenciais) e Hernández (*razão* dialética), que contorna, e bem, as antinomias do fim da pena (a saber, a possível instrumentalização do homem para fins preventivos e a problemática questão de educar *moralmente* pela coação). Ainda, há espaço para quem diga que a única finalidade que a pena pode cumprir é a da prevenção geral especial, posicionamento de Demetrio Crespo, o qual ensina que, na individualização judicial da pena, o juiz deve orientar-se pela situação pessoal do réu e evitar a sua dessocialização, que poderia ocorrer com penas elevadas, orientadas pela prevenção. Logo, a prevenção especial teria espaço somente para diminuir a pena. Assim, nesse *estado da arte*, pode-se afirmar que a concreção judicial da pena, propiciada pelo princípio da culpabilidade, é informada pelos fins da pena, mas, insista-se, *fins preventivos* sempre limitados, *deontologicamente*, pelo princípio da culpabilidade e demais princípios do direito penal (legalidade, intervenção mínima, proporcionalidade). Nesse contexto, não há espaço para as teorias absolutas puras (retribuição) pela completa ausência de alguma utilidade social à pena.

3. Uma terceira observação: sendo fato consensual que o processo judicial de individualização da pena é informado pelo princípio da culpabilidade, de relevo, saber sobre qual culpabilidade se fala? A *culpabilidade do fato* ou *a culpabilidade da vida do autor*? Com efeito, a culpabilidade do autor (que, majoritariamente, é repelida pela doutrina) se divide em *culpabilidade pela condução de vida* (idealizada por Mezger, com base no *poder atuar de outro modo*, liga-se às expressões *depravação de personalidade*, *habitualidade* ou *costumes*, referindo-se a um caráter moralizante), ou *culpabilidade por caráter* (responsabilidade pelo modo de ser do agente, prescindindo da análise dos motivos que levaram à prática do crime), ou *a culpabilidade pela periculosidade do autor no momento da culpabilidade*, não merece ser acolhida (por ser *moralizante* e violadora da autonomia do sujeito). Enfim, pode-se dizer que a moderna culpabilidade é a

do *fato*[186]. Estando a culpabilidade estritamente limitada pelo fato, como limite infranqueável aos fins preventivos do Estado, somente podem ser levados em consideração, na individualização judicial da pena, aqueles elementos de expressão no fato em si mesmo (o comportamento do agente: intensidade do dolo ou gravidade da culpa; as consequências do fato, ou seja, a intensidade da lesão aos bens jurídicos e à vítima, até mesmo ao comportamento desta após o cometimento do fato, que pode ter relevo nas consequências do crime). Em síntese, se for levado a sério o princípio da secularização do sistema penal, com a necessária separação entre direito e moral no âmbito da concreção da pena, despindo-a de qualquer *valoração emocional* para um respaldo empírico, a pena não pode se basear na condução de vida, na resolução do caráter e eventual periculosidade do autor, senão ao próprio conteúdo do injusto (gravidade do fato), numa verdadeira limitação negativa do princípio da culpabilidade[187]. Em uma palavra, a personalidade do autor e/ou seus defeitos de caráter (enfim, da condução da vida em geral) não devem ter um papel dominante ou relevante na medição da pena.

4. Estabelecido que a culpabilidade orienta a dosimetria da pena, é preciso jogar luz nos fatores que importam e devem ser observados pelo juiz no momento de individualizar a pena. Nesse particular, destaca-se que, no Brasil, a legislação e a própria dogmática não informam quais são os vetores fundamentais. Sob esse aspecto, que o art. 59, CP, não auxilia o intérprete, porque não faz referência ao princípio da culpabilidade (veja-se que a culpabilidade é elencada como mera circunstância judicial), apenas informando os fins da pena (retribuir e prevenir). Nesse estado da arte, o estudo comparado é de extrema utilidade para se buscar uma racionalização da individualização judicial da pena. Da análise da legislação espanhola, constata-se que não existe uma norma que estabeleça uma hierarquia sobre os elementos integradores, senão que fatores gerais de determinação, a saber, circunstâncias pessoais do delinquente e a maior ou menor gravidade do fato, conforme dispõe o art. 66.1.6, CP. Entretanto, a dogmática e a jurisprudência entendem que a determinação se centra no vetor principal *gravidade do fato*. Assim, o juízo de censura da culpabilidade deverá ser informado pela maior ou menor gravidade do fato, já que é certo que fatos delituosos comportam dita gradação, tratando-se de uma referência legal de consideração do injusto culpável. Com efeito, embora tal afirmação não seja unívoca, entende-se que devem ser incluídos elementos objetivos (especialmente, o desvalor e o resultado do crime para a vítima)

186. Conforme, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 290-295.

187. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, p. 294-303.

e elementos subjetivos (valoração do dolo: primeiro ou segundo grau, direto ou eventual e considerações sobre a culpa do agente)[188]. Além da gravidade do fato, fator preponderante, a dogmática espanhola sustenta que também devem ser sopesadas as *considerações sobre as circunstâncias pessoais do delinquente* (quando não concorram circunstâncias atenuantes nem agravantes, conforme art. 66, 1, CPE de 1995), entendidas como o *conjunto de fatores existenciais que configuram sua atitude ante o protegido pelo direito penal*[189]. Trata-se de um conceito complexo para o qual convergem os saberes da psicologia, sociologia, filosofia, direito, visto que sua correta interpretação, como sinala Demetrio Crespo, depende dos fins que se atribui à pena. Nesse particular, segundo o referido penalista, representante do pensamento dominante na doutrina espanhola, procede-se à análise das condições pessoais do agente (escolaridade, situação familiar, profissional, econômica, enfim, maior ou menor vulnerabilidade), merecendo interpretação restritiva e, por isso, jamais pode ser utilizada para agravar a pena, em obediência a critérios político-criminais e dogmáticos, senão para atenuar a reprimenda[190-191]. Aqui, há espaço para análise do comportamento posterior ao delito (reparação do dano, ou seja, a compensação autor-vítima, que goza de um lugar preferente no tema) e a "sensibilidade do autor" com relação à pena (doenças, idade avançada)[192].

188. Nesse particular, cumpre notar que grassa controvérsia na dogmática espanhola quanto à análise do dolo na determinação judicial da pena. Obviamente que há consenso quando se diz que os elementos valorados pelo legislador na configuração do marco penal típico não podem ser, novamente, analisados pelo juiz. Agora, o controvertido é a possibilidade de conferir uma gradação ao dolo (para aumentar ou diminuir a pena), como quer determinado segmento doutrinário. Demetrio Crespo entende que o critério para medir a gravidade do fato depende de que fins se atribuem à pena. Logo, desde o ponto de vista da retribuição, a nocividade do comportamento depende do dano causado (por exemplo, o agente se aproveitar de vítima desamparada ou de especial confiança, podendo até diminuir pela provocação da vítima; do ponto de vista da prevenção geral, como exigência de proporcionalidade, limitada pelo princípio da culpabilidade). Ver DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 378-396.

189. *Ibid.*, p. 398.

190. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 402.

191. No mesmo sentido, HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de invividualización de la pena*. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. p. 205.

192. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, p. 404-411.

Já na Alemanha, sob influência tácita ou expressa da *teoria do espaço de jogo*, que determina uma valoração hierárquica entre os conceitos legais da gravidade do fato e as circunstâncias pessoais do agente, há uma preleção normativa expressa (art. 46, StGB), que estabelece, como diretriz principal, a culpabilidade do autor (aqui, na forma de uma retribuição funcional ou como exigência de estrita proporcionalidade relacionada tão só com a gravidade do fato, como quer a teoria da pena proporcional) e, secundariamente, sob condições preventivas, analisam-se os demais critérios de individualização (condições pessoais do réu) que podem, inclusive, rebaixar a pena a um limite inferior a dito âmbito[193].

5. Em uma conclusão em termos definitivos, pode-se afirmar que a pena concreta, que não se confunde com arbitrariedade e intuição, não poderá superar o limite do princípio da culpabilidade, restrição deontológica e limitadora dos fins preventivos. Logo, não se afigura legítima, por exemplo, *uma pena máxima* para garantir a vigência da norma (ou determinados valores sociais) ou evitar a reiteração criminosa, já que o castigo deve ser distribuído, de forma equitativa e igual, como critério de justiça distributiva, que chega à exigência de proporcionalidade[194]. O juiz não deve *perseguir, por si mesmo, efeitos de defesa social sobre a coletividade*, tampouco o de prevenção especial, porque os fins da pena passam a contar em um segundo plano[195]. Nesse sentido, teorias hegemônicas como a *teoria da pena proporcional* (na Inglaterra) e *a teoria do espaço de jogo* (na Alemanha e na Espanha) podem constituir um pano de fundo para a importante discussão sobre a necessária *normativização* e *racionalização* do processo de concreção da pena, especialmente no Brasil, onde, além da ausência de normas, há um espaço em que impera o *intuismo* judicial[196].

193. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 138-139.

194. VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid, 1998. p. 31 e ss.

195. Na dição de PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, principio de igualdade y justificación de segmentos de pena. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, 2008. p. 610. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

196. A análise da jurisprudência brasileira foi realizada em HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Direito penal e hermenêutica*: uma resposta constitucional ao estado de exceção. Curitiba: Juruá, 2016. p. 178-213. Também, em LYRA, José Francisco Dias da Costa. O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade. *Revista de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 118, p. 93-121, jan./fev. 2016.

Sob essa perspectiva, a teoria da pena proporcional assume a importante função, estabelecendo a orientação de que a magnitude da pena deverá atentar para a gravidade mínima ou grave do caso concreto, limitando o âmbito da discricionariedade do juiz, que não pode incluir, *ad hoc*, elementos estranhos à teoria do crime (ou seja, a sua *pessoal política criminal*)[197]. Em uma palavra, os elementos que contam à individualização judicial da reprimenda são a imputação objetiva e subjetiva do fato típico (gravidade do fato)[198] e as considerações a respeito da personalidade do réu, reputando-se ilegítimas quaisquer considerações sobre a culpabilidade da *vida do autor*[199].

Por outro lado, *a teoria do espaço do jogo*, se tem o problema de tratar dos fins preventivos no âmbito da determinação judicial da pena, possui o mérito de estabelecer, na culpabilidade, um limite à utilidade da pena (máximo), embora ainda concentre uma boa dose de subjetividade no processo. Por último, é importante que se saliente que um direito penal orientado à proteção de bens jurídicos, que centra a sua funcionalidade na proteção de determinado bem e no grau de afetação de tal interesse, deve acolher premissas dogmáticas que restrinjam a possibilidade de se avaliarem questões privadas do agente e sua vida pregressa, questões ilegítimas e que não se podem investigar[200].

197. PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, principio de igualdade y justificación de segmentos de pena. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, 2008. p. 615. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

198. Importa a leitura de KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 154-173, jan./fev. 2013.

199. Por Direito Penal do fato, conforme Claus Roxin, entende-se uma regulação legal em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta, e à sanção corresponde só uma resposta ao fato individual, e não à condução de vida do autor ou aos perigos do futuro. Já o direito penal do autor vincula a pena à personalidade do autor, notando que o princípio da legalidade favorece o desenvolvimento do direito penal do fato. Nesse sentido, Roxin entende que, na medição da pena, a culpabilidade do autor somente pode ser acolhida como *medida de intensidade criminal* e *atitude interna revelada no fato*, só legitimando a redução da pena e jamais pode ser aumentada por critérios atinentes à vida de condução do autor. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Penha *et al*. Madrid: Thomson Civitas, 1999. t. 1. p. 176-188.)

200. PERALTA, José Milton. Elementos subjetivos del lilícito en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Madrid, n. 62, 2010. p. 274. Disponível em: [www.conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?keywords=&id=29308&articulos=yes&detalles=yes&art_

Uma última consideração não otimista: o problema é que o discurso preventivo e sua *moralização demonizante* (das influências sociais às pressões midiáticas) jogam seus perniciosos efeitos sobre a magistratura, provocando, na acurada observação de Cancio Meliá, *uma fogueira de sentimentos negativos*, impedindo que o juiz dê um tratamento *frio, racional, desapaixonado* à individualização judicial da pena. Por tal motivo, o direito penal tende a perpetuar o tratamento vingativo, discriminatório, perseguindo uma moralização da sociedade, sempre orientado pela equivocada ideia de que o sistema penal serve à prevenção fática, impulsionando a sua irracionalidade[201].

5. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1999.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schissl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARRERA, Jorge; GARMENDÍA, Mario Pereira. *Teoría del delito y praxis penal*: aportes del normativismo. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Errores en la graduación de las penas: la ilustración y "De los delitos y de las penas: algunas reflexiones sobre la definicion de

id=1627288]. Acesso em: 20.02.2015. Consultar, de igual sorte, HÖRNLE, Tatjana. *Determinação de la pena y culpabilidad*. Trad. Santiago Martínez *et al*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 77 e ss.

201. CANCIO MELIÁ, Manuel. Errores en la graduación de las penas: la ilustración y "De los delitos y de las penas: algunas reflexiones sobre la definicion de injusto". *In*: MATUS, Jean Pierre (org.). *Beccaria, 250 años después*: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra de los delitos y de las penas. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 93-102.

injusto". *In*: MATUS, Jean Pierre (org.). *Beccaria, 250 años después*: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra de los delitos y de las penas. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 93-102.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Montevideo; Buenos Aires, 2006. v. 1-2.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal*: parte general I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Trad. Cecilia Espeleta e Juan Iosa. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

CÓRDOBA, Gema Marcilia. *Racionalidad legislativa*: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, 1997.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2016.

DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre o "modelo" de determinação da medida da pena. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Notáveis do direito penal*: livro em homenagem ao emérito professor doutor René Ariel Dotti. Brasília, DF: Consulex, 2006. p. 215-229.

DIEZ RÍPOLLÉS, José Luís. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2007.

DONINI, Massimo. *Poder judicial y ética pública*: la crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2015.

DURKHEIN, Émile. *O suicídio*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Matins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para os ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Almedina, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 403, p. 4-9, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

FEIJOO SÁNHEZ, Bernardo. *La pena como institución juridica*: retribución y prevención general. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibánez *et al*. Madrid: Trotta, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminologia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte I. 14. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de invividualización de la pena*. Valência: Tirant lo Blanch, 2011.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Direito penal e hermenêutica:* uma resposta constitucional ao estado de exceção. Curitiba: Juruá, 2016.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

HONNETH, Axel. *El derecho de la liberdad*: un esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2014.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Trad. Santiago Martínez *et al*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003.

HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalização*: los límites del derecho penal. Trad. e intr. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2013.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. v. 6.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal*: significado y finalidad. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. 3. ed. Trad. Allegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 154-173, jan./fev. 2013.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito penal na pós-modernidade*: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco. Curitiba: Juruá, 2013.

LORENZO, María Martín. Una explicación dual del castigo: comentário crítico de la propuesta de Von Hirsch y Hörnle. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 533-534, 1997. Disponível em: [portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/mariamartin.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 97, p. 143-182, jul./ago. 2012.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 97, p. 143-182, jul./ago. 2012.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração*: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: a edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 103, p. 289-321, jul./ago. 2013.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade. *Revista de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 118, p. 93-121, jan./fev. 2016.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a correr e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 119, p. 127-164, mar./abr. 2016.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério*: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito, 2010.

NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. *In*: NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, principio de igualdade y justificación de segmentos de pena. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, p. 599-624, 2008. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

PERALTA, José Milton. Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. *InDret*, Barcelona, n. 2, abr. 2008. Disponível em: [www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124253]. Acesso em: 20.02.2015.

PERALTA, José Milton. Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Madrid, n. 62, 2010. Disponível em: [www.conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?keywords=&id=29308&articulos=yes&detalles=yes&art_id=1627288]. Acesso em: 20.02.2015.

PLANAS, Ricardo Robles; GUTIÉRREZ, Pablo Sánchez-Ostiz. *Las crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2010.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2007.

ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho* penal: a quién deve sancionarse y en qué medida. Trad. Manuel Cancio Meliá e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.

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

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Penha *et al*. Madrid: Thomson Civitas, 1999. t. 1.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. t. 1: Fudamentos: la estrutura de la teoría del delito.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Veja, 2004.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Política criminal y técnica legislativa*: prolegómenos a una dogmática lege ferenda. Granada: Comares, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Prólogo. *In*: HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: Di Plácido, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal*: cuestiones fundamentales. Trad. Jesús Maria Silva Sánchez. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, Barcelona, n. 2, abr. 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/426_es.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *En busca del derecho penal*: esbozos de una teoría realista del delito y de la pena. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2015.

SIMON, Jonathan. *Governar a través del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.

SMANIO, Gianpaulo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal*: criminologia, princípios e cidadania. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Hermenêutica e epistemologia*: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, p. 53-99, set./out. 2013.

STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do núcleo político no julgamento da APn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, p. 269-293, jan./fev. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade de individualização da pena. *In*: NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152.

TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470/MG do STF (Caso Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, p. 18-26, jan./fev. 2014.

VAN SWAANINGEN, René. *Perspectivas europeas para una criminologia crítica.* Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e de Amir Lopes da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2010.

ZEIDAN, Rogério. *Direito penal contemporâneo*: fundamentos críticos das ciências penais. São Paulo: Saraiva, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Culpabilidade na dosimetria da pena, de Pedro Jorge Costa – *RBCCrim* 126/109-132 (DTR\2016\24549);
- O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 118/93-121 (DTR\2016\670);
- O princípio da individualização da pena como expressão da dignidade da pessoa humana, de Ionilton Pereira do Vale – *RT* 871/459-469 (DTR\2008\318); e
- Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial, de Tatiana de Oliveira Stoco – *RBCCrim* 104/53-99 (DTR\2013\9095).

A (des)legitimação do sistema penal e os direitos humanos na era do biopoder

The (de)legitimation of the criminal system and the human rights in the biopower era

Romulo Fonseca Morais

Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará.Coordenador e Membro-Fundador do Grupo Cabano de Criminologia.Pesquisador do Centro de Estudos sobre Instituições e Dispositivos Punitivos (CESIP) vinculado à UFPA. Colaborador do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA-Pará).
romulofmmiri@hotmail.com

Recebido em: 17.01.2015
Resubmissão: 24.11.2016
Aprovado em: 12.12.2016
Última versão autor: 15.01.2017

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo problematizar a relação entre direitos humanos, biopoder e sistema penal, chamando a atenção para a necessidade de se politizar a questão criminal e os direitos humanos.A partir do olhar do biopoder (na sua expressão biopolítica) e da criminologia crítica, pretende-se problematizar os discursos e práticas em nome dos direitos humanos frente ao crescimento desenfreado dos dispositivos do sistema penal, como a prisão, observando como a ideologia dos direitos humanos pode ser compatível com o exercício de poder punitivo e, por outro lado, como, a partir de um olhar crítico, os direitos humanos podem ser pensados em termos de contrapoder e resistência diante da violência brutal do poder punitivo no Brasil e na América Latina.

Palavras-chave: Sistema penal – Biopolítica – Biopoder – Direitos humanos – Prisão – Morte – Poder punitivo.

Abstract: This present study aims to discuss the relationship between human rights, biopower and penal system, pointing to the necessity to politicize the criminal matter and human rights. From the look of biopolitics (in its biopower expression) and critical criminology, it is intended to problematize the discourses and practices in the name of human rights against the uncontrolled growth of the penal system devices such as the prison, noticing how the ideology of human rights can be compatible with the exercise of punitive power and, on the other hand, from a critical perspective, how human rights can be thought of in terms of counter-power and resistance in the face of the brutal violence of the punitive power in Brazil and in Latin America.

Keywords: Criminal System – Biopolitics – Biopower – Human rights – Prison – Death – Punitive power.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os direitos e o exercício do poder punitivo na era do biopoder. 3. O poder de morte no contexto biopolítico. 4. A hermenêutica da suspeita sobre os direitos humanos na era do biopoder. 5. A teoria dos direitos humanos e a possibilidade de politização progressiva das relações e práticas sociais vigentes. 6. As estratégias de fuga a partir da politização dos direitos humanos e da questão criminal. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução[1]

"A reflexão sobre a questão criminal representa hoje (...) a principal linha de luta para os direitos humanos."[2]

É com bastante desconfiança e crítica que se vem, por meio deste trabalho, tratar dos direitos humanos de uma forma diferente, não os tendo como objeto ou preocupação centralcom seu significado, sua realização, seus eventuais avanços, suas diversas facetas – mas como "pretexto para problematizar saberes e práticas"[3], mais especificamente no campo do sistema penal.

Por isso, a reflexão não ficará restrita a uma crítica aos direitos humanos que percorre o caminho da crítica ao jusnaturalismo[4], com seus fundamentos universalistas, e da crítica ao positivismo, com seu fundamento consensual[5], nem tão pouco aderir a diversas concepções[6] que se propõem ou se propuseram

1. Uma primeira versão deste trabalho foi apresentada no Seminário Internacional "Crítica e questão criminal na América Latina: balanço e perspectivas" (GT 2: "Política Criminal e Alternativas"), Organizado pela CLACSO – EMERJ – UNDL – PPGD/UERJ – ICC.
2. BATISTA, Vera Malaguti. Direitos (e) humanos no Brasil contemporâneo. Direitos (e) humanos no Brasil contemporâneo.*Revista Jura Gentium*.v. V, n.2, 2008, p. 8.
3. RODRIGUES, Heliana de Barros Conde. Direitoshumanos, neoliberalismo e práticas cotidianas. *Direitos humanos? O que temos a ver com isso?*Comissão de Direitos Humanos do CRP-RJ [org]. Rio de Janeiro: Conselho Regional de Psicologia – RJ, 2007, p. 49.
4. Concepção que entende os direitos humanos como direitos abstratos e universais que são auferidos ao indivíduo pela simples posição de pertencer ao gênero humano, entraremos em detalhes mais adiante quando fizermos uma crítica a essa concepção.
5. Considera as declarações universais de direitos humanos como uma prova de que existe um sistema de valores fundados, e essa prova é justamente o consenso geral acerca da validade das declarações. Ver: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevir, 1992, 19ª tiragem, p. 26.
6. Como fizeram as teorias de Rolnald Dworkin e Clifford Geertz. Nesse sentido, Ver: GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. *O saber local:*novos ensaios de Antropologia interpretativa. Rio de Janeiro, Vozes; GEERTZ,

a fazer uma revisão crítica das teorias anteriores e a pensar para além das concepções hegemônicas sobre direitos humanos com o objetivo de reconhecimento de novos direitos, mas a partir da noção foucaultiana de biopolítica/biopoder[7] e das bases críticas da criminologia crítica[8], problematizar práticas e saberes do sistema penal que estão atravessados pelos discursos dos direitos humanos, (re)produzindo diversas relações de saber/poder.

Nas raízes dessa noção de biopolítica/biopoder, Foucault[9] nos mostra uma espécie de "poder sobre a vida" que se desenvolveu ainda no século XVII, quando o poder político assumiu a tarefa de gerir a vida, seguindo basicamente duas formas principais que não se contrapõem, mas que, ao contrário, se interligam por todo um feixe de relações: a "anátomo-política do corpo" (que caracteriza as "disciplinas") e uma biopolítica da população (que caracteriza os controles reguladores).[10]As questões relacionadas à população se tornaram desafios políticos, em que a biopolítica vem tratar da "(...) população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder".[11] A biopolítica é então

---

Clifford. Antinti-relativismo. *Nova Luz sobre a Antropologia.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 47-67, 2001; DWORKIN, Ronald.*A justiça de toga.*Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Ed. WMF Martins Fontes, 2010; e DWORKIN, Ronald.*O império do direito.*Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Ed. Martins Fontes, 2003.

7. Seguindo as análises de Edgardo Castro, nesse trabalho iremos empregar o termo biopoder (poder sobre a vida) ora em um sentido mais estrito como sinônimo de biopolítica, ora em um sentido mais geral, em que o termo biopoder incluirá dois pólos que mantém constante interligação: as disciplinas ou a anátomo-política do corpo dos indivíduos e a biopolítica da população. Ver: CASTRO, Edgardo. O governo da vida.*Revista Ecopolítica,* n. 3, p. 69-98, 2012.
8. Referencial teórico que propôs uma teoria materialista do desvio e provocou grandes avanços no pensamento criminológico, politizando a questão do crime e direcionando suas análises para as relações sociais, será um dos grandes alicerces desta pesquisa, conforme: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:*introdução à sociologia do direito penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
9. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I:* a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1985, p. 131.
10. A biopolítica pode ser vista nas maneiras como se procura racionalizar problemas ou fenômenos de população (natalidade, saúde, mortalidade, higiene etc.) que surgiram, principalmente, a partir do século XVIII.
11. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:*Curso no Collège de France (1975-1976). Trad: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 293.

uma das estratégias que compõem o biopoder. Poder sobre o homem enquanto ser vivo ("estatização do biológico"), em que o saber/poder pode legitimar, inclusive, uma posição frente a uma população ou a determinados segmentos sociais que poderá implicar vida ou morte.

A crítica dos direitos humanos na era do biopoder e do avanço do poder punitivo será feita em um contexto político brasileiro, no qual a componente humana dos indivíduos torna-se hoje cada vez mais alvo de um estado de exceção no seio das instituições jurídicas que deveriam protegê-lo[12], um verdadeiro "estado penal", como diria Wacquant.[13] É a partir das lentes da biopolítica que se pretende problematizar não mais o déficit de efetivação dos direitos humanos e a realização e reconhecimento de novos direitos, mas sim colocar em cheque a função histórica dos direitos humanos, em uma modernidade em que "(...) o direito e a política têm a vida como campo de incidência – bio-direito e bio-política, portanto" [14].

Como podemos – frente a um Estado que se diz *democrático de direito*, sob a égide de uma Constituição e de diversas declarações de direitos humanos que obrigam o Estado brasileiro a promover políticas públicas em defesa da vida – compreender a legitimação de um poder punitivo que promove um encarceramento em massa e milhares de mortes e extermínios?Existe a possibilidade de realização desses direitos em uma era em que o capitalismo necessita cada vez mais do sistema penal e da prisão para controlar e excluir os segmentos marginalizados? Os direitos humanos podem assumir um caráter emancipatório e de contrapoder frente às estratégias de biopoder que têm sido exercidas no Brasil através da violência generalizada dos órgãos do sistema penal?

Para tentarmos nos aproximar dessas questões, será preciso colocar os direitos humanos e sua construção em cheque, colocando-os não somente como uma ferramenta que pode contribuir para a legitimação da pena, mas também como instrumento que, atravessados por estratégias de biopoder, pode operar e ser usado como discurso de legitimação das violências do poder punitivo.

---

12. CORREA, Murilo Duarte Costa. *Biopolítica e Direitos Humanos:* Giorgio Agamben e uma antropolítica evanescente.Profanações, v. 1, p. 22-37, 2014, p. 22.
13. Um Estado em que se observa uma diminuição dos serviços das já precárias estruturas previdenciárias e assistenciais e, como contrapartida, um aumento gigantesco de políticas punitivas, como o encarceramento. Ver: WACQUANT, Loic. *Punir os pobres:*a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.
14. GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Sobre direitos humanos na era da bio-política.*Kriterion, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, 2008, p. 281.

2. Os direitos e o exercício do poder punitivo na era do biopoder

Seguindo os passos metodológicos da criminologia crítica, não podemos fazer a crítica aos direitos humanos a partir da análise dos dispositivos do sistema penal no Brasil sem antes observar processos macros que vêm ocorrendo na maioria dos países latino-americanos nas últimas décadas, onde se observa um encarceramento em massa e um crescente processo de extermínio, principalmente de jovens negros[15]. É nesse sentido que, à luz do pensamento de Zaffaroni[16], a prisão nos países marginais representa uma instituição de sequestro menor dentro de outra muito maior, representada pelo nosso continente.

Os corpos de presos queimados em uma penitenciária de Icoaraci em Belém/PA[17], o massacre do Carandiru, os extermínios cotidianos nas periferias, bem como as condições desumanas dos presídios e de instituições de internação de jovens no Brasil, são sintomas de que a nossa região é de fato uma verdadeira instituição de sequestro, onde o Estado, através das práticas do sistema penal, mantém a ação sobre os corpos por meioda tortura e do extermínio, o principal meio de manter uma ordem social hierarquizada e excludente. Nesse contexto, "(...) as classes subalternas mais que compreender, ao nível da razão, foram (e seguem sendo) levadas a ver e sentir o seu lugar na estrutura social(...)"[18].

É por essa trágica situação de nosso país e de nosso continente que nos aliamos à posição de Vera Malaguti Batista[19] quando diz que a questão criminal é hoje a principal trincheira da luta pelos direitos humanos. Vera Malaguti Batista[20],

15. Mais da metade dos homicídios no Brasil constam como vítimas os jovens, em sua grande maioria negros. Ver: WAISELFISZ, Julio Jacob. Mapa da violência 2014. *Os jovens do Brasil*. Rio de Janeiro: CEBELA-FLACSO, 2014. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf]. Acesso em: 22.09.2014.
16. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas:*a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Perdrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 77.
17. DIÁRIO DO PARÁ, Jornal. *Seis detentos seis-detentos morrem em incêndio provocado em rebelião em Belém no Pará*. Disponível em: [www.diario24horas.com.br/noticia/24102--seis-detentos-morrem-em-incendio-provocado-em-rebeliao-em-belem-no-para].
18. NEDER, Gizlene. Criminalização da miséria e imagens do terror: uma abordagem transdisciplinar.*Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, n. 3, Niterói, setembro de 2005, p. 12.
19. BATISTA, Vera Malaguti. Direitos (e) humanos no Brasil contemporâneo.*Revista Jura Gentium*.v. V, n.2, p. 7-15, 2008, p. 11.
20. *Ibidem*, p. 7.

porém, vem nos alertar que a luta por direitos humanos deve ser trabalhada colocando a realidade histórica do Brasil em foco. Seguindo as reflexões de Gizlene Neder e suas pesquisas sobre a ideia de direitos a partir do iluminismo, Vera Malaguti Batista analisa como as concepções liberais chegaram ao Brasil e se entrelaçaram como o modo de produção escravista, contribuindo para a formação de um "iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro"[21], em que o liberalismo europeu é incorporado sem ruptura, por exemplo, com o militarismo e a religiosidade de nossas matrizes ibéricas, fazendo com que permanecessem vivas as fantasias absolutistas de um controle penal-policial absoluto que povoam, até os dias de hoje, não só as práticas dos operadores das instituições de controle social no Brasil, mas toda a formação ideológica brasileira.[22]

Essas permanências histórico-culturais de longa duração – que preservam, junto com a chegada da ideia de direitos no Brasil, a herança jurídico-penal da inquisição ibérica – são marcas de um modelo de Estado que vinca a história do Brasil até os dias atuais [23]. Por isso, Gizlene Neder[24] aponta que a construção de uma cidadania ativa no Brasil deve necessariamente passar pela superação do absolutismo que se manifesta expressamente nas fantasias do controle social absoluto levado a cabo pela polícia e pelo judiciário. Assim, no século XIX conseguimos conviver com a chegada do liberalismo sem rupturas com a escravidão, com a pena de morte para escravos, claro, e com um sistema penal que se exercia no corpo do negro. O escravo continuava sendo tratado como coisa perante a totalidade do ordenamento jurídico e como pessoa perante o direito penal.[25]

Nesse sentido, Roberto Schwarz[26] vai analisar a incoerência dos ideais iluministas na realidade brasileira como "ideias fora do lugar", em que a manutenção da escravidão indicava a impropriedade das ideias liberais e, por

21. NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro:*Obediência e Submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

22. Para analisar brevemente essas abordagens, ver: NEDER, Gizlene. *Idéias jurídicas, religião e punição:*rigor e tolerância.ANPUH – XXIII Simpósio nacional de história, Londrina, 2005. Disponível em: [http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.0427.pdf]. Acesso em:22.07.2014.

23. *Idem*.

24. NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro:*Obediência e Submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 205.

25. *Ibidem*, p. 9.

26. SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas:*formas literárias e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Editora 34, 1977, p. 10-31.

consequência, a própria ideia de direitos como igualdade de liberdade. Ele assevera que o "escravismo desmente as ideias liberais"[27], mas ao mesmo tempo o Brasil, no seu processo de reprodução social, utiliza-se das ideias liberais europeias, empregando-as em um sentido impróprio, desconectadas de sua prática na Europa.

Desse modo, devemos encarar, primeiramente, a ideia de direitos humanos no Brasil como "ideias fora do lugar", numa história que tem nos mostrado o horror dos massacres e criminalizações – principalmente contra os negros e os povos indígenas – que convivem até hoje com os discursos de cidadania, humanismo, dignidade etc.

Atualmente, as periferias e o sistema carcerário no Brasil podem ser descritos como autênticos "paraísos fiscais dos direitos humanos"[28], onde se aparta, se maltrata, se tortura e se mata. Quanto mais se fala em direitos humanos, mais se mata, mais a vida é banalizada, "(...) é um paradoxo do âmago do liberalismo. O discurso dos direitos humanos escorre pelas mãos porque o sistema é barbárie."[29]

Como podemos falar em direitos humanos dos presos no Brasil se, por outro lado, observamos uma crescente demanda por punição? Não é a toa que o nosso país é conhecido pelas piores condições de cárcere e já se encontra com a terceira maior população carcerária do mundo.[30]

A criminologia crítica, principalmente a partir da sua virada metodológica[31], há muito vem denunciando a prisão no mundo ocidental como verdadeiro instrumento de controle social e depósito de seres humanos cinicamente selecionados pelas malhas dos órgãos do sistema penal. Alessandro Baratta[32]

27. *Ibidem*, p. 17.
28. BATISTA, Vera Malaguti. *Filicídio*. 2008. Disponível em: [www.observatoriodeseguranca.org/files/Filicidio.pdf]. Acesso em: 02.07.2014, p. 8.
29. BATISTA, Vera Malaguti. *A barbárie do capital e suas táticas de perpetuação*. Disponível em: [www.anovademocracia.com.br/no-22/729-a-barbarie-do-capital-e-suas-taticas-de-perpetuacao?tmpl=componente]. Acesso em: 02.07.2014.
30. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo.*Disponível em:[www.cnj.jus.br/transparenciacnj/acordos-termos-e-convenios/termos-de-doacao/96-noticias/9874-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo]. Acesso em: 07.08.2014.
31. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:*introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 85-86.
32. *Ibidem*, p. 193.

observa como o cárcere hoje abandonou e não possui mais qualquer "função real" de disciplina que possuía em sua origem, acrescentando que essas funções que propagam a ressocialização e reeducação são ilusórias e estão hoje exercendo um papel ideológico.

Nas sendas de Foucault[33], verificamos, ao contrário das denúncias sobre o fracasso da prisão para a justiça penal, a real funcionalidade da prisão para regular e selecionar comportamentos, produzir delinquência, gerir as ilegalidades, induzir reincidência, enfim, promover um controle social extremamente necessário para o desenvolvimento das relações sociais capitalistas. Ele faz uma provocação, indagando se "(...) o pretenso fracasso não faria então parte do funcionamento da prisão".[34]

> A penalidade seria então, uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar inútil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daquele. Em resumo, a penalidade não reprimiria pura e simplesmente as ilegalidades; ela as diferenciaria, faria sua economia geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismo de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O "fracasso" da prisão pode sem dúvida ser compreendida a partir daí.[35]

Sem dúvida, se a detenção penal nunca foi seriamente questionada e resiste até hoje como principal resposta ao desvio é porque o sistema carcerário exerce um papel importantíssimo e com funções precisas no controle de determinados segmentos sociais. Nessa perspectiva, não se pode cair no discurso sedutor das "ilusões 're'"[36], que ainda hoje são fortemente sustentadas pelo positivismo criminológico, que toma o criminoso como ser anormal que precisa ser tratado e corrigido. Essas ilusões são grandes instrumentos que ainda seduzem e

33. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 257-260.

34. *Ibidem*, p. 257

35. *Ibidem*, p. 258.

36. Ideologias que ainda propagam e acreditam nas funções de (re)cuperação, (re)socialização, (re) educação da pena. Ver: BATISTA, Vera Malaguti. Adeus às ilusões "re". *In:* COIMBRA, Cecília M. B.; AYRES, Lygia S. M.; NASCIMENTO, Maria Livia do (orgs.). *Pivetes*: encontro entre a psicologia e o judiciário. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

encontram adeptos nos diversos campos do saber que possuem relação com o sistema carcerário.

No Brasil, Cristina Rauter[37], percorrendo a história da criminologia, denunciou o papel de controle social exercido pelo cárcere e a reprodução das ideologias positivistas que ainda permanecem incrustadas nessa instituição, que associam o criminoso com anormalidade social ou biológica. Trabalhando com a análise de exames e procedimentos dos saberes da psicologia no âmbito do sistema carcerário, ela desvenda as funções ocultas do cárcere com a reprodução das "ilusões re" numa verdadeira "tecnologia do preconceito"[38], na qual criminoso é tratado como um sujeito anormal e doente, tanto do ponto de vista social quanto do ponto de vista biológico, os preconceitos sobre "família desestruturada" e antecedentes de violência no grupo familiar como causas para o crime soam a todo vapor. Ainda segundo Rauter, "(...) multiplicou-se muito cedo entre nós a crença de que havia uma parte da população de tal forma fadada ao crime que poderia ser perfeitamente matável, em defesa da sociedade"[39], é nesse sentido que as análises de Foucault sobre o biopoder caem como uma luva na compreensão desse "estado penal" que caminha lado a lado com os comemorados progressos e avanços dos direitos humanos no capitalismo neoliberal.

3. O PODER DE MORTE NO CONTEXTO BIOPOLÍTICO

Para entender como no Brasil, apesar de não existir oficialmente a pena de morte, se tem aplicado massivamente e há bastante tempo esse tipo de medida, é imprescindível que se recorra às análises foucaultianas sobre o biopoder e seus desdobramentos biopolíticos.

Foucault[40] entende a biopolítica como um controle da vida que busca principalmente a normalização da população e suas práticas, as quaispodem ser atravessadas por uma espécie de "racismo de Estado". Este racismo pode ser

37. RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

38. RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 2003, p. 83-111.

39. RAUTER, Cristina. O estado penal, as disciplinas e o biopoder. *In*: BATISTA, V. M. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 72.

40. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 285-315.

caracterizado como um discurso científico que permite, inclusive, a eliminação da vida, legitimada por um discurso de eliminação de um perigo biológico que, consequentemente, fortalece a existência de outro grupo biológico.

Ao descrever como se deu a passagem do *poder soberano* – como direito sobre a vida e a morte dos súditos "fazer morrer e deixar viver", ou seja, onde "a vida e a morte dos súditos só se tornam direitos pelo efeito da vontade soberana"[41] – para a *biopolítica* – em que a preocupação é "fazer viver e deixar morrer", onde o poder agora tem a preocupação de aumentar o tempo de vida, deixando de lado o velho "direito de causar a morte ou deixar viver"[42] por um "poder de causar a vida ou devolver à morte"[43] –, Foucault[44] observa, por outro lado, como o domínio sobre a vida através das práticas de biopoder introduziu o racismo nos mecanismo do Estado, e como esse racismo de Estado funciona, através de um discurso que fragmenta e cria divisões no interior do campo biológico, permitindo com que o desprezo pela vida e até mesmo a produção da morte de determinados indivíduos seja totalmente compatível com a ideia de "fazer viver" e consequentemente com o exercício do biopoder.[45]

> No continuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser ma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros.[46]

Esse desprezo pela vida de alguns e esse direito de matar – assentado nessas fragmentações e divisões biológicas (racismo de Estado), em que o extermínio pode ser exercido na contemporaneidade sem qualquer alarde – não se confunde com o velho direito de matar do soberano, porque agora "(...) o poder se situa e se exerce ao nível da vida, da espécie, da raça e dos fenômenos maciços

41. *Ibidem*, p. 286.
42. FOUCAULT, Michel. *Historia da Sexualidade I:*a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, 6.ed., p. 130.
43. *Idem*.
44. Sobre essa passagem, ver: FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:*Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 285-315; e FOUCAULT, Michel. *Historia da Sexualidade I:* a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, 6.ed., p. 127- 149.
45. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 305.
46. *Ibidem*, p. 304.

de população"[47], e não mais no corpo do supliciado, onde a pena de morte se constituía como resposta do soberano a quem atacava sua vontade, sua lei e sua pessoa.

Nessa nova dinâmica, a pena capital, por exemplo, apesar de trazer embutida certa incompatibilidade com relação aos avanços das democracias ocidentais e a própria ideia da biopolítica do "fazer viver", pode continuar sendo exercida e compreendida, mesmo em países que não adotam ela como sanção penal, não só pelos discursos de periculosidade em torno da atenção dada a gravidade de um crime e da construção de uma monstruosidade do criminoso, mas principalmente pelos discursos de racismo de Estado que sustentam a eliminação do perigo biológico e social, em que a eliminação desse perigo tornará a vida mais pura e sadia.

Por isso, Foucault vai dizer que "(...) são mortos legitimamente aqueles que constituem uma espécie de perigo biológico para os outros"[48], os inimigos, agora, são os que oferecem perigos externos e internos para a população e que resistem a um processo de normalização, ou seja, os que são degenerados e possuem anomalias genéticas ou fisiológicas, bem como os que vivem uma vida anormal para os padrões patriarcal e burguês. Nessa situação de vulnerabilização se encontram as vidas dos pobres, negros, índios, lésbicas, mulheres, gays, entre outros.

> Em outras palavras, tirar a vida, o imperativo da morte, só é admissível, no sistema de biopoder, se tende não à vitória sobre os adversários políticos, mas à eliminação do perigo biológico e ao fortalecimento, diretamente ligado a essa eliminação, da própria espécie ou da raça. A raça, o racismo, é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização.[49]

Nessa perspectiva sobre vida e morte, a partir do olhar da biopolítica, podemos vislumbrar a importância das análises feitas acima para a compreensão das inquietudes que assolam os que ingenuamente acreditam no progresso e no crescente humanismo da civilização ocidental, pois muitas práticas da contemporaneidade possuem claramente características do biopoder, na medida em que permite que exista entre a minha vida e morte do outro, certa compatibilidade.

47. FOUCAULT, Michel. *Historia da Sexualidade I:* a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, 6.ed., p. 129.

48. *Ibidem*, p. 130.

49. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 306.

> (...) quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação a espécie, mais eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mas poderei proliferar. A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura.[50]

Os inúmeros extermínios no Brasil podem ser um bom exemplo de um biopoder atravessado pelo "racismo de Estado", pois, para que se possa produzir a morte de determinados indivíduos é necessária a construção de um discurso "científico" em torno de suas vidas (famílias desestruturadas, propensão ao crime, associação entre violência e pobreza, entre outros), bem como a construção da imagem de um inimigo da sociedade, forjando uma dicotomia entre bem e mal.

A morte aplicada massivamente a muitos indivíduos no Brasil faz parte – junto com a difusão do medo da criminalidade, a visibilidade midiática da violência e a busca excessiva por segurança – de fenômenos e técnicas de gestão das massas humanas ou da vida biológica que se coadunam perfeitamente com a estratégia de biopoder nomeada por Foucault.[51]E mais uma vez retoma-se ao paradoxo de nossa tortuosa contemporaneidade, se:

> (...) Por um lado, emerge fortemente a luta pelo "direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, acima de todas as opressões" (Foucault, 1999, p.136), nem que para isso se tenha que eliminar outras vidas que se interponham a esse projeto. Por um lado e ao mesmo tempo emerge "o racismo em sua forma moderna, estatal, biologizante" (Foucault, p. 140).[52]

Todavia, para a compreensão profunda de nossos massacres e extermínios, a figura do racismo contra negros e índios, principalmente, é de fundamental importância nas análises do biopoder que se exerce sobre a vida e os corpos na sociedade brasileira.

---

50. *Ibidem*, p. 305.
51. RAUTER, Cristina. O estado penal, as disciplinas e o biopoder. *In*: BATISTA, V. M. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.* Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 73.
52. *Idem*.

Ana Luiza Flauzina[53], ao se debruçar sobre o sistema penal no Brasil, percebeu através da análise do racismo que existe um assombroso "projeto genocida do Estado brasileiro" dirigido contra o segmento negro. Ela observa que o racismo, mais do que uma simples variante utilizada para selecionar os indivíduos criminalizados pelo sistema penal, é tomado como o "(...) fiel da balança que determina a continuidade da vida ou a morte das pessoas."[54]

O racismo contra o segmento negro é uma variante que se coaduna com o "racismo de Estado" pensado por Foucault. Portanto, assim como o "racismo de Estado" é um elemento imprescindível para que se produzam mortes na era da biopolítica do "fazer viver e deixar morrer" – ao fazer um recorte biológico em certas vidas, enquadrando algumas como inferiores e sem valor – o racismo contra o segmento negro no Brasil tem se tornado um elemento imprescindível para produzir vidas matáveis e sem valor, que funciona como um dispositivo desumanizador, afastando o negro do sentido de humanidade[55], e onde a inferioridade jurídica do escravismo foi convertida numa inferioridade do tipo biológica[56].

A compreensão dessas práticas de biopoder, através do racismo de Estado, é extremamente interessante para a problematização dos direitos humanos, pois, segundo Cristina Rauter[57], esse racismo é exercido muitas vezes em nome da preservação da civilização ocidental e de valores democráticos, como acontece nos casos relacionados à imigração na Europa, bem como nas políticas de segurança pública no Brasil que, sob o pretexto de trazer paz, promove uma verdadeira paz de cemitério.

4. A hermenêutica da suspeita sobre os direitos humanos na era do biopoder

Entender essa encruzilhada do poder punitivo é o principal pano de fundo para problematizar os direitos humanos a partir da perspectiva do biopoder.

53. FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. *Corpo Negro Caído no Chão:*O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro. Dissertação apresentada à Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2006.
54. *Ibidem*, p. 2.
55. *Idem*.
56. *Ibidem*, p. 97
57. RAUTER, Cristina. O estado penal, as disciplinas e o biopoder. *In*: BATISTA, V. M. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 73.

É intrigante como se pode discursar e lutar na defesa dos direitos humanos dos indivíduos criminalizados se o estado penal e o capitalismo de barbárie têm hoje cada vez mais necessidade de "deixar morrer" e "fazer morrer" grandes parcelas da população brasileira. É importante registrar que, ao mesmo tempo em que o Estado brasileiro tem buscado proporcionar melhores níveis de "qualidade de vida" para determinados indivíduos, esse mesmo Estado expõe e provoca a morte em massa de certos segmentos da população brasileira[58] (vidas descartáveis).

Cecília Coimbra[59] tem analisado como o mundo ocidental tem utilizado o discurso dos direitos humanos para exaltar as benditas qualidades da civilização moderna – produzindo "(...) modos de assujeitamento vinculado a certa concepção humanista da existência"[60], ou seja, modos de ser e estar no mundo. Segundo ela, a partir de certos parâmetros valorativos, que podem ser criados pelos discursos dos direitos humanos, forja-se sempre a ideia de "progresso", desqualifica-se o que precedeu a sociedade "moderna", julgando e hierarquizando a história de diferentes povos, numa espécie de "etnocentrismo histórico". O que se desvia ou se opõe aos padrões valorativos e a essas concepções humanistas é tido como barbárie e um corpo estranho à civilização ocidental, como se esse paradoxo não fosse uma característica intrínseca do nosso tempo, como se civilização e barbárie não fizesse parte do funcionamento da sociedade capitalista[61].

Com um capitalismo globalizado que precisa barbarizar para se desenvolver – precisa "deixar morrer" ou até mesmo "fazer morrer" para que outros vivam com "qualidade" de vida – "segurança e direitos humanos tornam-se palavras de ordem" [62]. Todavia, essa ordem traz alguns presentes de grego representados

58. Segundo dados do Mapa da Violência, os índices de violência no Brasil são alarmantes, tendo passado de 49.695 para 56.337 o número total de homicídios registrados pelo Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) na década 2002/2012, representando um incremento de 13,4%, semelhante ao incremento populacional do período que, segundo estimativas oficiais, foi de 11,1%.

59. COIMBRA, Cecília. Ética, direitos humanos e biopoder. *Revista Verve,* n. 20, 2001, p. 85-100.

60. COIMBRA, Cecília. Ética, direitos humanos e biopoder. *Revista Verve*, n. 20, 2011, p. 85.

61. COIMBRA, Cecília M. B.; LOBO, Lilia Ferreira; NASCIMENTO, Maria Livia. *Por uma invenção ética para os Direitos Humanos.* Psicologia Clínica, v. 20, n. 2, 2008, p. 91.

62. COIMBRA, Cecília. Ética, direitos humanos e biopoder.*Revista Verve*, n. 20, 2011, p. 86.

pelos dispositivos de controle e punição, como a prisão, que, embora pareçam entrar em contradição com os direitos humanos, encontram-se dissimulados e naturalizados nessa ordem capitalista pelo ideal de segurança.[63]

> Por isso, precisamos jogar para fora do nosso tempo e atribuir ao "passado bárbaro" o horror que hoje vivemos – os genocídios, os extermínios, os doentes negligenciados, as torturas – como se toda uma tecnologia que nos apregoa o bem-estar ou, na linguagem neoliberal, a qualidade de vida e a tal autoestima não estivesse também a serviço deste biopoder racista que diz servir à vida à custa da mortificação da maioria da população do planeta. Entendemos, assim, que civilização e barbárie não se opõem, fazendo parte do funcionamento da sociedade capitalista. Tal lógica, que nega os binarismos, pode ser encontrada também nos escritos de Marx ([1867] 1968), quando em O capital, por exemplo, explica o mecanismo por meio do qual a acumulação de capital produz, ao mesmo tempo, a riqueza e aquilo que é caracterizado como seu contrário, a miséria, imprescindível à existência de mais e mais riqueza.[64]

É importantíssimo, então, que se atente para a relação funcional que existe entre os processos de acumulação de capital e o poder punitivo. Se hoje assistimos a uma fase do capitalismo em que há uma "adesão subjetiva à barbárie"[65] – na qual não existe lugar no mercado de trabalho para todo mundo e consequentemente uma crescente necessidade de controlar esse contingente de desocupados – o papel do Estado, longe da exigência liberal da não intervenção, será primordialmente o de gerir e controlar esse contingente com os braços do sistema penal, é o que Wacquant[66] chamou de "estado-centauro" (cabeça liberal e corpo autoritário),que prega a liberdade para o mercado, com a não intervenção do Estado, mas promove seu agigantamento sobre os problemas sociais decorrentes dessa liberdade, administrando autoritariamente suas consequências.

Sem atentar para a relação funcional entre a escalada do estado penal e os efeitos nefastos gerados pela ordem econômica capitalista, faz-se uma "adesão

63. COIMBRA, Cecília M. B.; LOBO, Lilia Ferreira; NASCIMENTO, Maria Livia. *Por uma invenção ética para os Direitos Humanos*. *Psicologia Clínica,* v. 20, n. 2, 2008, p. 91.

64. *Idem*.

65. BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. *In*: BATISTA, V. M. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.* Rio de Janeiro: Revan, 2012.

66. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 38.

subjetiva à barbárie", que tem deixado perplexos os que ingenuamente acreditam que se caminha pouco a pouco em uma marcha para o progresso e a humanização.

> Há quem diga que a civilização ocidental vive um momento de progresso e civilidade frente ao passado vergonhoso de guerras, epidemias e ignorância. Ainda podemos ouvir as vozes insistentes dos arautos do livre mercado argumentando que o mundo globalizado traz em si "coisas boas" como "cidadania", "direitos humanos", "liberdade". Todos estes termos são, na verdade, usados pelo imperialismo para por em prática o seu contrário: exploração, espoliação, escravização e opressão de uma parcela cada vez maior da população dos países semi-coloniais, como o Brasil.[67]

Observa-se na contemporaneidade a "(...) crescente redução do caráter social do capitalismo"[68]. Diante desse quadro, não se vê com bons olhos os discursos que propagam a realização dos direitos humanos sem atentar para a atual conjuntura do capitalismo, sem atentar para a redução do Estado a um papel policialesco, onde as contradições e os problemas gerados pelo capitalismo de barbárie são traduzidos e camuflados por processos de criminalizações.

Dentro dessa mesma reflexão sobre a situação dos oprimidos na era do biopoder, Zygmunt Bauman,[69] refletindo sobre a atual situação do capitalismo, afirma que a produção de "refugos humanos" ou seres humanos refugados ("o lixo humano da sociedade de consumo") são produtos inevitáveis e inseparáveis da modernidade, são efeitos colaterais intrínsecos da "construção da ordem" e do "progresso econômico". Nesse sentido, a bandeira do Brasil, um dos símbolos do nosso forjado patriotismo, representa muito bem os horrores vivenciados por pretos/pobres.

Esse crescente processo de criminalização, por sua vez, contribui para a despolitização e naturalização dos efeitos perversos do capitalismo, que recai

67. BATISTA, Vera Malaguti. *A barbárie do capital e suas táticas de perpetuação*. Disponível em: [www.anovademocracia.com.br/no-22/729-a-barbarie-do-capital-e-suas-taticas-de-perpetuacao?tmpl=componente]. Acesso em: 02.07.2014.

68. BATISTA, Vera Malaguti. Ruína e Barbárie.*Revista EPOS*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-5, 2012, p.1.

69. BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 12.

principalmente sobre as massas empobrecidas, fazendo com que toda a conflitividade social que atravessa a sociedade brasileira seja traduzida em crime e punição.

> Para conter as massas empobrecidas, sem trabalho e jogada a própria sorte, o neoliberalismo precisa de estratégias globais de criminalização e de políticas cada vez mais duras de controle social: mais tortura, menos garantias, penas mais longas, emparedamento em vida... A mídia, no seu processo de inculcação e utilização do medo, produz cada vez mais subjetividades punitivas. A pena torna-se o eixo discursivo da direita e de grande parte da esquerda, para dar conta da conflitividade social que o modelo gera.[70]

Desse modo, o que mais nos interessa para esse debate, principalmente para análise da (des)legitimação do poder punitivo, é alertar para o fato de que os problemas gerados pelo capital serão logo abraçados pelo sistema penal, "(...) a opção pela criminalização da pobreza e da conflitividade social desloca tudo o que é público para o penal"[71], fazendo com que uma ordem social excludente e opressora como a brasileira se perpetue sem que haja grandes indignações. Infelizmente, grande parte dos movimentos de luta pelos direitos humanos e a tal "esquerda punitiva"[72] não conseguiram enxergar esse encobrimento da realidade.[73]

Nilo Batista[74] dirá que no capitalismo "(...) a questão criminal presta-se eficientemente a esconder o debate político sobre os conflitos sociais". Um grande exemplo é a nossa política criminal de drogas, que é regida por discursos morais e por uma crescente dicotomia entre bem e mal, em que a figura do "traficante" representa o inimigo número um da sociedade.

Esse panorama é que nos tem impulsionado e nos levado a desconfiar e assumir uma postura de estranhamento, uma espécie de "hermenêutica da

70. *Ibidem*, p.101.

71. BATISTA, Vera Malaguti. *Filicídio*. 2008. Disponível em: [www.observatoriodeseguranca.org/files/Filicidio.pdf]. Acesso em: 02.07.2014, p. 3.

72. KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Ano 1, n. 1, 1º semestre de 1996, p. 79-92.

73. Por aqui observamos movimentos feministas e movimentos contra a homofobia pautarem suas lutas em leis penais criminalizadoras, clamando por mais repressão, quando na verdade não enxergam que os problemas acabam sendo reduzidos ao âmbito penal, assim como acontece com os problemas do capitalismo que não são contestados quando se observa um crescente processo de criminalização dos pobres.

74. BATISTA, Nilo. Sobre el filo de la navaja. *Revista EPOS*, v. 2, n. 1, 2011, p. 8.

suspeita"[75] em relação aos direitos humanos, bem como em relação às práticas e saberes nas quais seus discursos têm atuado, como é o caso do sistema penal. Entende-se que sem essa tomada de posição em relação a esses discursos e ao papel desempenhado pelo poder punitivo, com seu encarceramento em massa, fica difícil pensar na garantia e realização desses direitos.

Nas sendas de Boaventura Santos[76], deve-se indagar se os grupos sociais criminalizados e oprimidos podem utilizar os direitos humanos para subverter a ordem que os oprime e criminaliza? Podem usar esses direitos de forma contra-hegemônica? Quais as perspectivas que esses direitos podem trazer para a deslegitimação do sistema penal e do poder punitivo?

A suspeita se justifica não só pelo que foi exposto acima sobre a situação de criminalização a que estão expostos grandes contingentes de latino-americanos, mas também pelos discursos, ideologias e saberes que ainda insistem em naturalizar e despolitizar essa realidade, como é o caso de grande parte dos discursos dos direitos humanos em torno da legitimidade do poder punitivo.

Hoje na democracia liberal-capitalista observa-se um crescente desaparecimento da vida pública ou esfera pública, um processo excessivo de "renaturalização" das relações sociais, em que "(...) as grandes 'questões públicas' são agora traduzidas em atitudes para uma regulação de idiossincrasias 'naturais' ou 'pessoais'".[77]

Nessa perspectiva, Slavoj Zizek[78] faz a seguinte indagação: "(...) pode a 'ficção simbólica' dos direitos humanos ser recuperada com vistas a uma politização progressiva das relações sócio-econômicas vigentes?" Essa indagação se justifica para que não se tome a posição do "politicamente correto" na defesa ingênua dos direitos humanos, sem atentar para uma contemporaneidade que tem cada vez mais transferido as inseguranças globais para o campo da segurança

75. Segundo Boaventura Santos a hermenêutica da suspeita seria uma espécie de posição de estranhamento frente às concepções hegemônicas sobre os direitos humanos e seus valores enraizados no mundo capitalista ocidental, recorrendo a ela na busca de realizar uma luta contra-hegemônica que atenda outras linguagens de dignidade existentes no mundo. Ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

76. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 41-42.

77. ZIZEK, Slavoj. *Contra os Direitos Humanos*. Mediações, Londrina, v. 15, n. 1, jan.-jun. 2010, p. 13-14.

78. *Ibidem*, p. 11.

privada, fazendo com que os perigos e a barbárie que insistem em ameaçar nossa "cidadania" e nosso crescente processo de humanização sejam reduzidos a seres palpáveis e corporificados quase sempre na figura de certos indivíduos possuidores do "mau".

> É isso que faz com que sejam muito mais concretas hoje as reivindicações políticas por lei e ordem do que as reivindicações por segurança no emprego ou pela manutenção das leis trabalhistas. Como os mecanismos de fabricação dessas incertezas estão no nível global, são inacessíveis para a classe política que está atuando no nível local: só restam os discursos de lei e ordem contra os sinais visíveis do caos e da desordem: camelôs, flanelinhas, prostitutas, corruptos, drogados, pedófilos etc.[79]

Corroborando com essa posição de suspeita em relação aos discursos de direitos humanos, Slavoj Zizek faz um alerta para uma "(...) emergente lógica do militarismo humanitário ou pacifista"[80], em que se legitimam a guerra sob pretexto de levar a paz, a democracia ou a "ajuda humanitária" para determinados lugares onde eventualmente esses valores estariam ausentes. Utiliza-se uma ideia universal e intangível sobre direitos humanos e usam-se essas ideias e discursos para violar os próprios direitos que se procuram defender. Diante desse cenário, o referido autor faz uma provocação indagando as razões de tal lógica militar não ser aplicada à democracia e aos próprios direitos humanos, será que:

> (...) está tudo bem com os direitos humanos se eles são "repensados" para incluir a tortura e um Estado de emergência permanente. Está tudo bem como a democracia se ela está livre de seus excessos populistas e limitada àqueles suficientemente maduros para praticá-la.[81]

Cecília Coimbra, Maria Livia Nascimento e Lilia Lobo[82] – ao analisarem esses discursos ideológicos dos direitos humanos e o que elas chamam de "princípios", como socorrer vítimas e assegurar o direito dos homens contra o sofrimento – pontuam que tais princípios e discursos têm justificado e garantido

79. *Idem*.

80. ZIZEK, Slavoj. *Contra os Direitos Humanos*.Mediações, Londrina, v. 15, n.1, jan.-jun. 2010, p. 17.

81. *Idem*.

82. COIMBRA, Cecília M. B.; LOBO, Lilia Ferreira; NASCIMENTO, Maria Livia. Por uma invenção ética para os Direitos Humanos. *Psicologia Clínica,* v. 20, n. 2, 2008, p. 96.

tanto a constituição de leis e o exagero de sua multiplicação (o Brasil é um marco nesse sentido[83]), quanto as intervenções humanitárias, que, segundo as autoras, "(...) vêm se afirmando como mercadoria de consumo que se vende a bons preços no mercado capitalístico de direitos humanos".[84]

Salo de Carvalho[85], nesse sentido, observa, através da criminologia crítica e da teoria crítica dos direitos humanos, o fenômeno da "inversão ideológica dos direitos humanos"[86], em que se criam fundamentações, justificativas e mecanismos aparentemente voltados para a satisfação desses direitos, mas que promovem com suas práticas violação dos próprios direitos humanos. Ele analisa a expansão dos direitos humanos ao longo dos séculos e suas consequências nefastas no âmbito das políticas criminais. Com a crescente tutela de novos bens jurídicos pela esfera penal (com os chamados direitos de segunda e terceira geração), o que se observou, inversamente do propagado, foi um verdadeiro processo de criminalização e expansão do poder punitivo como suas violências e arbitrariedades há muito conhecidas na margem latino-americana.

Essas reflexões complementam as análises que observam cada vez mais a redução da conflitividade social ao fenômeno criminal. Assim, além da despolitização de toda essa conflitividade, verifica-se cada vez mais a recorrência dos que lutam pelos direitos humanos ao sistema penal, acreditando ingenuamente no poder punitivo que ao longo da história só tem gerado violências e sofrimentos.

A importância dessa "inversão ideológica" para a (des)legitimação do sistema penal pode ser observada na medida em que tal análise é similar a realizada pela criminologia crítica em relação às funções declaradas e as funções ocultas exercidas pela pena de prisão.[87]

---

83. As reformas penais e a multiplicação de leis que endurecem penas e aumentam a criminalização tem têm servido apenas como retórica para o populismo punitivo, pois na prática o que se observa é um aumento dos crimes. Nesse sentido ver: GOMES, Luiz Flávio. *Reforma Penal repete populismo punitivo*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-19/luiz-flavio-gomes-reforma-penal-repete-populismo-punitivo-comum-brasil]. Acesso em: 04.11.2014.
84. COIMBRA, Cecília M. B.; LOBO, Lilia Ferreira; NASCIMENTO, Maria Livia. Por uma invenção ética para os Direitos Humanos. *Psicologia Clínica*, v. 20, n. 2, 2008, p. 96.
85. CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 202-242.
86. *Ibidem*, p. 223.
87. *Ibidem*, p. 223.

Desse modo, a luta pelos diretos humanos tem o dever de assumir essa "hermenêutica da suspeita" e esse estranhamento frente a essas dicotomias, como barbárie x civilização, supostamente garantida pelos direitos humanos. Nesse sentido, pode-se até colocar em dúvida a afirmação de Zaffaroni quando diz que "(...) o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos".[88]

Enfim, o primeiro passo foi dado, pois, a partir das análises foucaultianas e da criminologia crítica, conseguiu-se reinscrever os discursos, saberes e práticas que atravessam e são atravessadas pelo campo dos direitos humanos e da questão criminal no escopo político dos quais eles são constantemente afastados pelas concepções de humanismo, progresso, civilização, defesa de bens jurídicos, dicotômicas entre bem e mal, cidadão x criminoso etc.

5. A teoria dos direitos humanos e a possibilidade de politização progressiva das relações e práticas sociais vigentes

A partir dessa reinscrição dos direitos humanos em um contexto de capitalismo de barbárie e na era do biopoder, bem como diante dessa posição de estranhamento, torna-se necessário historicizar esses direitos, uma vez que eles não podem ser considerados frutos de uma evolução em direção ao progresso do homem civilizado, tendo em vista a necessidade de problematizar suas bases e seus "(...) termos que, de tão evidentes e repetidos, passam a ser percebidos como verdades únicas, universais e a-históricas, tendo determinadas essências."[89]

Nesse processo de politização das questões relacionadas com os direitos humanos e da problematização de concepções abstratas e essencialistas, torna-se imprescindível, antes de tudo, agitar as bases da concepção universalista de direitos humanos decorrente do jusnaturalismo. Tal concepção sustentou-se em um modo de fundamentação dos direitos humanos pela via da natureza humana, considerando o homem como um ser abstrato, que tem a realização dos direitos centrados em si e não em relação com outros homens. Daí decorreu a inclinação do jusnaturalismo pela ilusão do fundamento absoluto

88. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 147.

89. COIMBRA, Cecília. Ética, direitos humanos e biopoder. *Revista Verve,* n. 20, 2011, p. 87

para os direitos humanos e, consequentemente, pela construção de verdades únicas, universais e anistóricas, que construíram certos modos de ser e estar no mundo, por isso a concepção de direitos humanos da escola jusnaturalista é concebida como direito natural.[90]

Assim, foi assentada principalmente nos ideais da Revolução Francesa no século XVIII (igualdade, liberdade e fraternidade), principais fundamentos dos chamados direitos do homem, que essa concepção se desenvolveu no ocidente como um dado natural. Esses direitos foram elevados à condição de direitos inalienáveis da essência do que é ser homem.[91]

Bobbio[92] fez severas críticas a essa concepção dos direitos humanos e sua incessante busca pela ilusão de um fundamento absoluto na essência do homem.

> Essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer reputação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis. Não é o caso de repetir as infinitas críticas à doutrina dos direitos naturais, nem demonstrar mais uma vez o caráter capcioso dos argumentos empregados para provar o seu valor absoluto. Bastará recordar que muitos direitos, até mesmo os mais diversos entre si, até mesmo os menos fundamentais – fundamentais somente na opinião de quem os defendia –, foram subordinados à generosa e complacente natureza do homem. (...)[93]

Talvez um dos maiores problemas deixados pela concepção jusnaturalista, objeto de crítica até hoje, seja a ideia universal e abstrata de "direitos do homem". Isto porque, a expressão "direitos do homem" é muito vaga. A maioria das definições que tentam dizer algo sobre o conteúdo desses direitos, em suma, acaba limitando-se em falar apenas sobre o que se deseja com eles e de que maneira são necessários (termos avaliativos). Isso gera problemas em termos interpretativos, pois cada interprete pode interpretar esses direitos do homem de acordo com sua ideologia e sua concepção de ser e viver.[94]

---

90. BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Brasiliense, 1986, p. 13.
91. *Ibidem*, p. 88.
92. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevir, 1992.
93. *Ibidem*, p. 16.
94. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevir, 1992, 19. tiragem, p. 18.

Outro problema para a politização desses direitos é que geralmente não se encara os direitos do homem com caráter variável[95], que fulminaria a concepção de que existem direitos humanos por natureza. Devemos estar ciente de que esses direitos encontram-se minados por condições históricas e culturais, por interesses de classes que se encontram no poder em um dado momento histórico, pelos meios disponíveis para realização desses direitos, pelas transformações sociais, entre outros. Nesse sentido, devemos, também, rechaçar a ideia de universalidade, que defende a existência de direitos fundamentais por natureza, concebendo os direitos fundamentais como historicamente relativos.

Também levamos em consideração que os direitos do homem são heterogêneos[96], ou seja, entre os direitos fundamentais existe pretensões muito diversas que se chocam, chegando inclusive a gerar incompatibilidade entre eles. Assim, as bases e razões que sustentam os argumentos de alguns acabam não valendo para sustentar outros direitos fundamentais. Assim, segundo Bobbio[97], devem-se admitir vários fundamentos para sustentar os diferentes direitos fundamentais.

Desse modo, a partir dessas críticas, não há como sustentar os direitos humanos como possuidores de caráter absoluto, representado apenas um modo de ser, sob pena de impedir que outros direitos se realizem por grupos que possuem outros modos de ser e viver, outras visões de mundo. Assim, Bobbio[98] conclui que o problema fundamental para os direitos humanos na contemporaneidade não é filosófico (tentar justificá-los), mas político (buscar sua realização).

Todavia, imprescindível à crítica desse trabalho, não adianta colocarmos em cheque apenas a concepção absoluta e universal do fundamento dos direitos humanos, devemos também direcionar a crítica à dicotomia entre "homem" e "cidadão", uma vez que nas relações sociais no mundo capitalista ocidental – desde a primeira Declaração de direitos humanos (1789), que por sinal era chamada de "Declaração de direitos do homem e do cidadão" – a grande maioria dos indivíduos sempre esteve à margem dos direitos.

> (...) os direitos humanos – desde sua gênese – têm servido para levar aos subalternizados a ilusão de participação, de que as elites preocupam-se com

95. *Idem*.

96. *Ibidem*, p. 19-20.

97. *Ibidem*, p. 21.

98. *Ibidem*, p. 24.

> o seu bem-estar, de que o humanismo dentro do capitalismo é uma realidade e, com isso, confirma-se o artigo primeiro da Declaração de 1948: "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Entretanto, sempre estiveram fora desses direitos à vida e à dignidade os segmentos pauperizados se percebidos como "marginais": os "deficientes" de todos os tipos, os "desviantes", os miseráveis, dentre muitos outros. A estes, efetivamente, os direitos, assim como a dimensão humana, sempre foram – e continuam sendo – negados, pois tais parcelas foram produzidas para serem vistas como 'subalternas' ou como não pertencentes ao gênero humano. Não há dúvida, portanto, que esses direitos – proclamados pelas diferentes revoluções burguesas, contidos nas mais variadas declarações – tenham construído subjetividades que definem para quais humanos os direitos devem se dirigir. Os marginalizados de toda ordem nunca fizeram parte desse grupo que, ao longo dos séculos XIX, XX e XXI, tiveram e continuam tendo sua humanidade e seus direitos garantidos.[99]

Giacoia Junior[100], seguindo o pensamento de Hannah Arendt, observa o hiato que existe entre "homem" e "cidadão", e que essa dicotomia tem muito a nos explicar sobre as contradições que atravessam os discursos dos direitos humanos na contemporaneidade. A partir dessa divisão, a fundamentação dos direitos humanos no simples pertencimento ao chamado gênero humano caiu por terra com os constantes episódios de refugiados, que são seres humanos por natureza, mas são desprovidos de qualquer direito por estarem em outra comunidade política.

A partir da sociedade de massas começa a se evidenciar um total condicionamento histórico dos direitos humanos, mostrando que os seres humanos sem estatuto político (sem cidadania) estão despossuídos de qualquer direito. "(...) a garantia da eficácia dos direitos humanos supõem e exigem a cidadania"[101]. Desse modo, "(...) é a condição de cidadão, não a de homem, a condição necessária e, ao mesmo tempo, suficiente para atribuição de direitos humanos no interior da lógica do Estado-Nação."[102]

---

99. COIMBRA, Cecília M. B.; LOBO, Lilia Ferreira; NASCIMENTO, Maria Lívia. Por uma invenção ética para os Direitos Humanos. *Psicologia Clínica*, v. 20, n. 2, 2008, p. 92.

100. GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Sobre direitos humanos na era da bio-política.* Kriterion, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, 2008, p. 279-280.

101. *Ibidem*, p. 280.

102. CORREA, Murilo Duarte Costa. *Biopolítica e direitos humanos:* Giorgio Agamben e uma antropolítica evanescente. Profanações, v. 1, 2014, p. 28.

Refletindo sobre os direitos do homem no contexto biopolítico, Giorgio Agamben[103] observa como nessa lógica do Estado-Nação os direitos do homem tomados simplesmente como sagrados e inalienáveis são totalmente insuficientes e necessitam configurar-se como direito do cidadão para que possam vislumbrar uma tutela do Estado. Ele aponta para a ambiguidade da declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789), indagando se "homem" e " cidadão" seriam duas coisas distintas, e – a partir da observação da situação dos refugiados no mundo, que deveriam possuir direitos inalienáveis conferidos ao homem, mas que estão desprovidos de qualquer tutela por parte dos Estados – afirma que "a separação entre humanitário e político, que estamos hoje vivendo, é a fase extrema do deslocamento entre os direitos do homem e os direitos do cidadão."[104]

As estratégias biopolíticas e o capitalismo de barbárie – que convive e parece fazer parte da propagada "caminhada rumo ao progresso" da civilização ocidental, e que sempre deixou a maior parte dos indivíduos sem a referida condição de cidadão e até mesmo de humano – têm nos mostrado que esse hiato entre "homem" e "cidadão" possui efeitos catastróficos na maioria dos países ocidentais.

No Brasil, os indivíduos criminalizados, por exemplo, são constantemente tratados como não cidadãos e até mesmo expurgados da condição de humanidade, fazendo com que fiquem expostos a todo tipo de arbitrariedades, sendo constantemente mortos, inclusive, por agentes do próprio Estado.

A necessidade de se historicizar e fazer essas críticas aos direitos humanos também se faz necessária na medida em que esses direitos, tomados como naturais e abstratos, foram positivados nos ordenamentos jurídicos dos modernos Estados de direito.[105]

Cecília Coimbra propõe que, ao invés de pensar os direitos humanos como essência universal, poder-se-ia pensar em garantir e afirmar esses direitos como diferentes modos de sensibilidade, através de "(...) diferentes modos de viver, existir, pensar, perceber, sentir; enfim, diferentes jeitos de estar no mundo"[106].

---

103. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. 2. impressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 123-131.

104. *Ibidem*, p. 130.

105. GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, 2008, p. 269.

106. COIMBRA, Cecília. Ética, direitos humanos e biopoder. *Revista Verve,* n. 20, 2011, p. 89.

Essa perspectiva encontrada é muito presente nas reflexões de Clifford Geertz[107], que, à luz da antropologia, pensou nesses diferentes modos de sensibilidades, tanto nos diferentes modos de sensibilidade etnográfica quanto jurídica, contrapondo-se, assim, a uma visão abstrata e universal dos "direitos" e do "humano".

Tomar os direitos humanos em uma perspectiva histórica, para além das concepções universais, é perceber que tanto os "direitos" quanto o "humano" podem e devem ser constantemente probematizados, pois "(...) tanto o humano como os direitos são construções das práticas sociais em determinados momentos, que produzem continuamente esses objetos, subjetividades e saberes sobre eles."[108]

Desse modo, assumindo essas premissas, pode-se começar a pensar nos direitos humanos como instrumento de contrapoder, colocando-os como arma importante diante da necessidade urgente de se dar uma resposta fundada na deslegitimação do sistema penal e do poder de punir, a partir da perspectiva de um programa transformador que a realização desses direitos pode implicar.[109]

6. AS ESTRATÉGIAS DE FUGA A PARTIR DA POLITIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA QUESTÃO CRIMINAL

Ciente da posição do exercício perverso do poder punitivo no Brasil na era do biopoder, bem como dessa posição de estranhamento, deve-se procurar estratégias de fuga diante da (des)legitimação do sistema penal e do poder punitivo, que tenham como escopo essa historização e politização dos direitos humanos.

Na perspectiva biopolítica, mostramos que o sistema penal, através da prisão, exerce, atualmente, na sociedade capitalista globalizada práticas de biopoder, em que não há preocupação sequer com a vida dos presos ("deixar morrer"), sendo comum a exposição desses indivíduos a condições precárias de higiene, saneamento básico, superlotação, exposição a doenças etc. Essas ações e omissões do Estado fazem parte de uma estratégia de "assassínio in-

107. GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. *O saber local:* novos ensaios de Antropologia interpretativa. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

108. COIMBRA, Cecília. Ética, direitos humanos e biopoder. *Revista Verve*, n. 20, 2011, p. 88.

109. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Perdrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 153.

direto", que, segundo Foucault, poderia ser visto no "(...) fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição etc."[110]

Outro ponto a se destacar, como práticas do sistema carcerário no Brasil, são os relatos das constantes práticas de tortura e a ocorrência de assassinatos de presos, uma prática de biopoder que poderia ser descrita como um "fazer morrer", na qual se exerce um racismo de Estado sem precedentes.

Diante dessas explícitas estratégias biopolíticas encontradas no sistema carcerário no Brasil, seguindo os passos de Vera Regina Pereira de Andrade[111], pode-se dizer que a pena de prisão hoje é um verdadeiro mecanismo exterminador que expõe seus alvos, cinicamente selecionados, a risco de morte indireta. Ela alerta que, enquanto se debate sobre a implantação ou não da pena de morte, a nossa polícia e a prisão continuam praticando massacres. Vera de Andrade sustenta que "(...) uma sentença condenatória à pena de prisão representa hoje uma sentença condenatória ao risco da pena de morte indireta (...)".[112]

Desse modo, antes de pensarmos em qualquer estratégia de fuga dessa encruzilhada e na realização dos direitos humanos, deve-se reconhecer a deslegitimação do sistema penal. Essa deslegitimação nos mostra que o poder punitivo atualmente cada vez mais se exerce descaradamente sem esconder sua real função de controle social, neutralização e extermínio.

> A deslegitimação, explicitada na teoria e na empiria, constitui, antes de mais nada, a radical demonstração de que o poder do sistema penal está nu, pelo desvelamento de suas múltiplas incapacidades e violências; ela explicita a nudez do sistema penal e particularmente da prisão, reduzida que está a espaço de neutralização e de extermínio indireto.[113]

É importante perceber como essa deslegitimação do sistema penal é extremamente importante para que a luta pelos direitos humanos não caia na armadilha da inversão ideológica desses direitos. Nessa perspectiva, Salo de

110. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 306.

111. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia.* Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 167-168.

112. *Ibidem*, 168.

113. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista. *In*: BATISTA, V. M. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.* Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 284-285.

Carvalho percebeu a importância da relação entre a criminologia crítica e a teoria dos direitos humanos na deslegitimação da pena, ao observar que não se pode justificar a defesa de direitos humanos violando os próprios direitos, assim como não se pode legitimar a pena de prisão se na prática ela viola os direitos humanos básicos dos indivíduos encarcerados.

No horizonte das estratégias de fuga se coloca atualmente a chamada "teoria agnóstica da pena", proposta por Zaffaroni[114]. Essa teoria, – enquadrada como "teoria negativa"[115], em contraposição às teorias que sempre tentaram justificar a pena (teorias positivas), através do discurso da prevenção do crime e recuperação do criminoso – assume uma posição agnóstica que – diante da deslegitimação da pena e de sua constante produção de dor, violência e sofrimento para todos aqueles envolvidos com o sistema penal (criminalizados, vítimas e operadores) – propõe uma política de redução de danos, em que a maior preocupação é reduzir ao máximo a violação dos direitos humanos e, consequentemente, a dor e o sofrimento. Essa teoria:

> Permite, finalmente, ao operador preocupado em minimizar os danos do sistema punitivo, atuar ciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando sua atuação a neutralizar ao máximo o efeito da prisionalização e a vulnerabilidade do individuo submetido ao sistema executivo. Tais premissas, como pondera Zaffaroni, seriam orientadas de práticas sem pretensões impossíveis e/ou utópicas.[116]

Assim como foi feita com a teoria dos direitos humanos – na revisão crítica de seus alicerces universais e abstratos, pensando na sua utilização como instrumento de resistência e contrapoder perante uma lógica capitalista neoliberal de barbárie que carrega estratégias de biopoder – a teoria agnóstica é uma forma de resistência que deve ensaiar uma construção que surja do fracasso das teorias anteriores. Nessa construção, leva-se em consideração que "(...) a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não

114. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I:* Teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97-113.

115. *Ibidem*, p. 98-99.

116. CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia.* 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 269.

repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes."[117]

A luta pelos direitos humanos como programa transformador não pode encarar a pena de prisão com ingenuidade no sentido de querer melhorá-la ou torná-la "digna", tem sim é que tomar essa perspectiva da teoria agnóstica e procurar reduzir seus danos, o que é diferente de justificar a pena para recuperar o "criminoso", instrumentalizando os direitos humanos e ao mesmo tempo legitimando a punição.

Essa alternativa é extremamente importante e deve estar atenta principalmente para a situação de violência extrema vivenciada na maioria dos países latino-americanos, onde o Estado brasileiro, por exemplo, através das instituições de controle social (polícia, judiciário etc.), é responsável por conduzir um projeto genocida contra a população negra, tendo como base o racismo.[118]

Juarez Cirino dos Santos[119], seguindo os passos da criminologia crítica, entende que os operadores do sistema penal não podem assumir nem um papel "neo-realista", que admite a retribuição e neutralização da pena, nem um papel idealista de esquerda, que propõe a ressocialização. Ele considera, a partir dessa deslegitimação da pena, indispensável que se tome como horizonte a abolição do sistema carcerário, com objetivo de "menos melhor cárcere" e "mais menos cárcere".

Nessa perspectiva, outro horizonte de luta é o chamado abolicionismo penal, que pode ser fundamental para que se possa exercer uma "metodologia minimalista-garantista"[120], em que a intervenção deve ser mínima, tendo em vista o caráter violento da intervenção penal, e possa garantir os direitos humanos dos indivíduos criminalizados, sem legitimar a pena.

---

117. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I:* Teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99.

118. FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:*o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Dissertação apresentada à Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2006.

119. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal.* Disponível em: [www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf]. Acesso em: 12.09.2013, p. 6.

120. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista. *In*: BATISTA, V. M. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.* Rio de Janeiro: Revan, 2012.

A luta pelos direitos humanos, a partir de uma autocrítica, deve não só politizar a questão criminal e reconhecer o fracasso do sistema penal, como também reconhecer que a prisão, ao contrário do abolicionismo penal, é que é utópica, uma vez que nunca cumpriu as promessas que sempre propagou.

Para além de uma crítica à concepção abstrata e universal dos direitos humanos, entendemos que só a partir de um olhar crítico sobre o papel do sistema penal e da pena de prisão, das diversas ideologias em torno da legitimação do poder punitivo, bem como da consciência de que vivemos na era do biopoder, é que se torna possível buscar realização e evitar a violação dos direitos humanos no âmbito do sistema penal (visando sempre sua abolição), sem que com isso se instrumentalize os direitos individuais e sociais e as políticas públicas voltadas aos segmentos criminalizados. Essa postura coaduna-se perfeitamente com uma "teoria agnóstica da pena", em que a principal preocupação é com a redução da violência e dos danos gerados pelo poder de punir, principalmente a prisão, porém, essa luta deve ser realizada com o fim de reduzir sofrimento e dor e não ser usada como justificativa para, por exemplo, "ressocializar" o criminalizado ou "tirá-lo" do crime.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer:o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. 2. impressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia.* Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista. *In*: BATISTA, V. M. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.* Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. Sobre el filo de la navaja. *Revista EPOS*, v. 2, n.1, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *A barbárie do capital e suas táticas de perpetuação.* Disponível em: [www.anovademocracia.com.br/no-22/729-a-barbarie-do-capital-e-suas-taticas-de-perpetuacao?tmpl=componente]. Acesso em: 02.07.2014.

BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. *In*: Batista, V. M. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.* Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. Adeus às ilusões "re". *In*: COIMBRA, Cecília M. B.; AYRES, Lygia S. M.; NASCIMENTO, Maria Livia do (orgs.). *Pivetes: encontro entre a psicologia e o judiciário.* Curitiba: Juruá, 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. Direitos (e) humanos no Brasil contemporâneo. *Revista Jura Gentium*. v. V, n.2, p. 7-15, 2008.

BATISTA, Vera Malaguti. *Filicídio*. 2008.Disponível em: [www.observatoriodeseguranca.org/files/Filicidio.pdf]. Acesso em: 02.07.2014.

BATISTA, Vera Malaguti. Ruína e Barbárie. *Revista EPOS*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-5, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevir, 1992.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Brasiliense. 1986.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASTRO, Edgardo. O governo da vida. *Revista Ecopolítica,* n. 3, p. 69-98, 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Disponível em: [www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.

COIMBRA, Cecília. Ética, direitos humanos e biopoder. *Revista Verve*, n. 20, p. 85-100, 2011.

COIMBRA, Cecília M. B.; LOBO, Lilia Ferreira; NASCIMENTO, Maria Lívia. Por uma invenção ética para os Direitos Humanos. *Psicologia Clínica*, v. 20, n. 2, p. 89-102, 2008.

CORREA, Murilo Duarte Costa. *Biopolítica e Direitos Humanos:* Giorgio Agamben e uma antropolítica evanescente. Profanações, v. 1, p. 22-37, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Ed. WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Ed. Martins Fontes, 2003.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. *Corpo Negro Caído no Chão:* O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro. Dissertação apresentada à Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Historia da Sexualidade I:* a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica:* curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. 36. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GEERTZ, Clifford. Anti anti-relativismo. *Nova Luz sobre a Antropologia.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. *O saber local:* novos ensaios de Antropologia interpretativa.Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *Revista Kriterion*. Belo Horizonte, v. 49, n. 118, p. 267-308, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Reforma Penal repete populismo punitivo.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-19/luiz-flavio-gomes-reforma-penal-repete--populismo-punitivo-comum-brasil]. Acesso em: 04.11.2014.

KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva.* Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Ano 1, n. 1, 1º semestre, p. 79-92, 1996.

NEDER, Gizlene. Criminalização da miséria e imagens do terror: uma abordagem transdisciplinar. *Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, Niterói, n. 3, set. 2005,

NEDER, Gizlene. *Idéias jurídicas, religião e punição:* rigor e tolerância. ANPUH – XXIII Simpósio nacional de história, Londrina, 2005. Disponível em: [http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.0427.pdf]. Acesso em: 22.07.2014.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro:* Obediência e Submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

RAUTER, Cristina. O estado penal, as disciplinas e o biopoder. *In*: BATISTA, V. M. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

RODRIGUES, Heliana de Barros Conde. Direitos humanos, neoliberalismo e práticas cotidianas. *Direitos humanos? O que temos a ver com isso?* Comissão de Direitos Humanos do CRP-RJ [org]. Rio de Janeiro: Conselho Regional de Psicologia. Rio de Janeiro, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento.* São Paulo: Cortez, 2013.

SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas: formas literárias e processo social nos inícios do romance brasileiro.* São Paulo: Editora 34, 1977.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

WAISELFISZ, Júlio Jacob. *Mapa da violência 2014:* Os jovens do Brasil. Rio de Janeiro: CEBELA-FLACSO, 2014. Disponível em: [www.mapadaviolen-

cia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf]. Acesso em: 22.09.2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I:* Teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZIZEK, Slavoj. *Contra os Direitos Humanos*. Mediações, Londrina, v. 15, n.1, p. 11-29, jan.-jun. 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Exclusão ambiental, subcidadania e biopolítica no Brasil, de Ivy De Souza Abreu e Nelson Camatta Moreira – *RDA* 74/75-94 (DTR\2014\2210);
- O capital humano no contexto do biopoder:o tempo livre vigiado e consumido, de Marcela Andresa Semeghini Pereira – *RTSP* 7-8-9/13-30 (DTR\2015\842); e
- Processo penal e história – A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo, de Miguel Tedesco Wedy e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 114/379-412 (DTR\2015\9155). A (des)legitimação do sistema penal e os direitos humanos na era do biopoder.

A (des)criminalização do jogo do bicho

The (de)criminalization of "jogo do bicho"

Vinicius de Almeida

Graduando do curso de Direito da UNESP – Franca. Aluno da 3ª turma do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCrim em Ribeirão Preto (2014).
viniciusdgalmeida@gmail.com

Ana Gabriela Mendes Braga

Doutora em Criminologia pela USP. Professora da FCHS da UNESP- Franca.
professora.anagabriela@gmail.com

Recebido em: 10.08.2016
Aprovado em: 03.10.2016
Última versão autores: 01.11.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho explora a (des)criminalização da loteria brasileira conhecida como "jogo do bicho" em seus diversos aspectos. Dada a complexidade do objeto de estudo, adota-se uma perspectiva interdisciplinar na abordagem do tema. São estudadas as raízes históricas e culturais do jogo, além da evolução legislativa da repressão estatal no tempo e seus desdobramentos, como a violência nas disputas territoriais; a corrupção policial; e a associação do jogo ao crime organizado. Ainda, investiga-se a ideologia embutida no processo de criminalização e os possíveis motivos de sua perpetuação até os dias de hoje. Por fim, é discutida a descriminalização em seus fundamentos teóricos e possibilidades práticas, como meio de superação das consequências problemáticas causadas pela ilegalidade do jogo do bicho.

Palavras-chave: Crime organizado – Criminologia crítica – Descriminalização – Loterias – Jogo do bicho.

Abstract: This paper explores the (de)criminalization of the Brazilian lottery known as "*jogo do bicho*" in its various aspects. Given the complexity of the subject, it is adopted one interdisciplinary perspective in the approach. Besides the historical and cultural roots of the game, the research analyze the legislative evolution of State's repression on time and its outspreads, such as the violence on territorial disputes; the police corruption; and the association of the game with the organized crime. Furthermore, it is investigated the ideology inserted in the criminalization process and the possible reasons of its perpetuation until today. Finally, it is discussed the decriminalization in its theoretical foundations and practical possibilities, as a way of overcoming the problematic consequences caused by the illegality of "*jogo do bicho*".

Keywords: Organized crime – Critical criminology – Decriminalization – Lotteries – Jogo do bicho.

Sumário: 1. Introdução. 2. O brasileiríssimo jogo do bicho. 3. O processo de criminalização e suas consequências. 4. Possíveis interesses por detrás da criminalização. 4.1. O mecenato nas Escolas de Samba. 4.2. A política e o jogo do bicho. 4.3. O interesse patrimonial do Estado. 5. Fundamentos dogmáticos, modelos e problemas da descriminalização. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O jogo do bicho é uma instituição nacional centenária que desde o seu surgimento no final do século XIX é alvo da repressão do Estado.[1] Apesar de toda a perseguição e de seu *status* ilegal, o *bicho* cresceu e se consolidou como a loteria mais popular do Brasil, compondo uma rica narrativa ao longo desse século de vida.

Nesse trabalho pretendemos mergulhar na discussão criminológica acerca do jogo do bicho a partir de uma chave dupla: i) a da *criminalização*, em suas formas primária (o tratamento expresso e objetivo da lei penal em suas várias edições sobre essa loteria), e também secundária (a percepção e o processamento efetivo das diversas instâncias do sistema de justiça criminal e do controle social como um todo sobre o jogo do bicho); e ii) a da *descriminalização*, dos fundamentos dogmáticos-penais que podem embasar tal proposta, até a discussão dos modelos de regulamentação da exploração da loteria e seus pontos críticos, em especial, a *concessão* e a *oficialização*.

A partir de uma análise interdisciplinar criminológica, investigaremos os desdobramentos desse fato social no largo recorte temporal que vai do seu surgimento até os dias de hoje. A recapitulação histórica da dinâmica de interação entre a população brasileira e a contravenção ilustra como o jogo do bicho se fez uma instituição nacional, presente no cotidiano e celebrada pela cultura popular.

O fator criminógeno da intervenção penal será explorado pelo estudo das campanhas repressivas infligidas pelo Estado, da corrupção policial que garante o regime de tolerância sob o qual acontece a loteria, da estruturação do jogo num modelo de crime organizado; e das violentas disputas territoriais entre os banqueiros do bicho. Elencamos também alguns dos possíveis fatores e interesses contribuintes à manutenção da ilegalidade do jogo do bicho, nomeadamente, o mecenato dos bicheiros no carnaval; as relações dos chefes da contravenção com a classe política; e o incoerente trato estatal das loterias, que estigmatiza criminalmente umas e explora outras a partir de um monopólio garantido pela lei.

1. MAGALHÃES, Felipe. *Ganhou, leva!:* o jogo do bicho no Rio de Janeiro (1890-1960). Rio de Janeiro: FGV, 2011.

Com isso, pretendemos entender o processo de (des)criminalização em suas funções positivas e negativas: o que esse já reprimiu e produziu; e o que pode vir a reprimir, produzir e reproduzir. E na tentativa de que a contribuição ao debate não se encerre no puro exercício de teorização; discutimos os principais modelos de regulamentação de loterias, e propomos aquele que nos parece ser o mais promissor na superação das contradições e consequências problemáticas da intervenção penal sobre o jogo do bicho, que se arrasta há mais de um século sem realizar nada do que expressamente pretendeu, e ainda mantém na ilegalidade a loteria mais popular do Brasil.

2. O brasileiríssimo jogo do bicho

A origem do jogo do bicho remete ao Rio de Janeiro do final do século XIX, quando o colapso do sistema escravista deu ensejo à ascensão de um capitalismo industrializante e modernizador no Brasil. O período foi marcado pelos esforços públicos e privados empreendidos na superação das contradições econômicas deixadas pelo fim da escravidão – até então pilar fundamental do modo de produção nacional – no sentido de readequar a sociedade para as novas formas de criação, reprodução e acumulação do capital nacional e estrangeiro na economia brasileira.[2]

Na esteira desse processo de intensas transformações na cidade, veio a necessidade de criar novos meios de divertimento para seus moradores e visitantes. O arranjo social da época contava com os entusiastas da reforma no comando da administração pública, que tinham como referência para um novo Rio de Janeiro as grandes metrópoles europeias; com uma população que representava uma crescente demanda por lazer e entretenimento; e com um empresariado disposto a investir na conciliação desses interesses e aproveitar a boa oportunidade de lucro que o momento socioeconômico oferecia.[3]

Uma figura icônica desse tempo foi João Baptista de Viana Drummond, o Barão de Drummond, que soube bem como entender e capitalizar as demandas sociais da época.[4] Seu empreendimento que mais tarde viria a germinar o jogo

2. ABREU, Maurício de Almeida. *Evolução urbana do Rio de Janeiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Iplanrio, 1997.
3. MAGALHÃES, Felipe. *Ganhou, leva!:* o jogo do bicho no Rio de Janeiro (1890-1960). Rio de Janeiro: FGV, 2011.
4. Para um relato mais aprofundado da biografia do Barão de Drummond, cf. MAGALHÃES, Felipe, o*p. cit*., p. 22 e ss.

do bicho teve início em 1884, quando o Barão enviou a Câmara Municipal uma petição requerendo a autorização para a construção de um jardim zoológico em Vila Isabel, bairro do subúrbio carioca. No documento, o Barão justificava seu projeto no potencial embelezamento e progresso científico que o empreendimento traria à cidade, e assim, a afinidade com os referenciais europeus de modernização garantiram a aprovação do projeto pelo poder público.

Como forma de financiar a principal atividade de seu estabelecimento, Drummond peticionou à Câmara Municipal a permissão para explorar jogos lícitos no Jardim. Tendo seu pedido deferido, no dia 3 de julho de 1892, foram inaugurados vários divertimentos no Jardim Zoológico de Vila Isabel. A partir de então, os bilhetes de entrada passaram a ter um animal estampado em referência ao *jogo do bicho*,[5] um sorteio a ser realizado no fim do dia com a revelação de um dos 25 animais possíveis. O bicho certo era previamente eleito pelo Barão e confinado numa caixa de madeira fixada em um poste de cerca de 3 metros de altura, próximo à entrada do zoológico. Na estreia foi sorteado o avestruz, e 23 visitantes levaram o prêmio de 20$000, 20 vezes o valor da entrada.[6]



Figura 1: Bilhete de entrada no Jardim Zoológico.

Fonte: [bit.ly/2sEk1yK]. Acesso em: 25.07.2016.

Em pouco tempo o jogo do bicho se tornou uma febre. A administração do zoológico decidiu permitir a escolha do bicho ilustrado no bilhete de entrada

5. Ver figura 1.

6. MAGALHÃES, Felipe, *op. cit.*, p. 20.

no momento da compra, convertendo a mecânica do jogo de *sorteio* em *aposta*. A possibilidade da aposta introduziu um apelo muito mais sedutor ao jogo. O que antes ficava ao encargo do acaso no momento da compra do bilhete de entrada com um bicho aleatório estampado, transformou-se num exercício da liberdade de escolha: podendo optar sobre em qual bicho apostar, o jogador foi empoderado e passou a ser sujeito ativo na definição de sua sorte. Essa mudança de paradigma foi um dos pontos cruciais para a consolidação do bicho como tradição popular brasileira, prova maior disso é que o jogo acontece sob esses mesmos moldes até os dias de hoje.

Assim, o jogo do bicho, antes um atrativo acessório do jardim do Barão de Drummond, tornou-se mais interessante para o público do que a própria exposição dos animais no parque, razão de ser de qualquer zoológico. Novos *bicheiros*[7] surgiram: especuladores que compravam grandes quantidades de bilhetes e revendiam fora do zoológico, mediando a aposta e permitindo a expansão territorial do jogo; ou ainda, vendeiros que bancavam o jogo com o próprio dinheiro, independente do sorteio do Barão; exemplos de investidores que encontraram na ideia da loteria do bicho uma excelente oportunidade para expandir seus negócios e incrementar seus ganhos.

A imprensa também teve papel fundamental na consolidação da popularidade do jogo do bicho. Ao passo em que essa começava a se reorganizar na forma de empresa capitalista, crescia a demanda por informação acerca da loteria. A princípio, os jornais da época serviam como meio de divulgação dos resultados do dia anterior e instrumento de propaganda da nova diversão oferecida pelo Barão de Drummond em seu zoológico. Porém, com a expansão do jogo na cidade, surgiu então uma imprensa especializada no tema.[8]

7. Entenda-se por *bicheiro* todo indivíduo que trabalha no jogo do bicho, independente de sua posição hierárquica na estrutura operacional. O funcionário que anota as apostas no ponto de rua; os atuais banqueiros que controlam o jogo do bicho; e até mesmo o Barão de Drummond, inventor da loteria, todos esses serão tratados aqui como *bicheiros*.

8. Ver figura 2. *"Nos jornais de bicho havia uma imensa variedade de colunas específicas para o fornecimento de palpites; o resultado do dia anterior; quadros estatísticos informando os bichos que mais 'davam' e aqueles que haviam 'sumido'; romances publicados sob a forma de folhetins; dicionários de sonhos; protestos e ameaças contra os banqueiros acusados de fraudar o resultado da loteria"*. MAGALHÃES, Felipe, *op. cit.*, p. 75.



Figura 2: Capas dos Jornais "O Talisman", "O Bicho", e "Mascotte".

Fonte: MAGALHÃES, Felipe. *Ganhou, leva!: o jogo do bicho no Rio de Janeiro (1890-1960)*. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 76 e ss.

Na esfera acadêmica, o jogo do bicho foi pouco abordado nas clássicas obras interpretativas do Brasil, salvo algumas raras e excepcionais passagens: Vianna Moog interpretou o jogo do bicho como uma *"autêntica expressão do terror subconsciente, como da aspiração muito brasileira de riqueza rápida"*,[9] confirmando assim sua tese de que a sociedade brasileira teve sua constituição marcada pelo *"bandeirantismo"*, a ideia de que a acumulação de riquezas deve se dar pelo meio mais rápido associado ao menor esforço possível.

Em *Ordem e Progresso*, Gylberto Freyre[10] cita o estreitamento da sociabilidade entre pessoas de diferentes classes, raças e profissões, provocado pelas discussões sobre o palpite certo para o jogo do dia nos bondes. Freyre também trata do tema em seu clássico *Casa-grande & Senzala*, no qual entende que o jogo do bicho funda sua popularidade na tradição indígena animista e totêmica[11] arraigada na cultura brasileira. Os meninos índios crescem brincando com

9. MOOG, Viana. *Bandeirantes e pioneiros:* paralelo entre duas culturas. 4. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1957. p. 337.

10. FREYRE, Gylberto. *Ordem e progresso:* processo de desintegração das sociedades patriarcal e semipatriarcal no Brasil. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: José Olympio, 1974. p. 113.

11. *Animismo* é a crença segundo a qual todas as coisas, dos seres vivos aos objetos sem vida, são habitadas por almas, espíritos, enfim, vontades sobrenaturais que influem diretamente na regência de tudo o que existe. Já o *totemismo* é a crença comum de determinada sociedade em elementos sagrados denominados *tótens*. J. G. Frazer esclarece que *"um totem consiste em certo grupo de objetos materiais aos quais o selvagem professa uma veneração supersticiosa, na crença de que existe entre ele e cada um desses*

seus bonecos de barro em forma de jacarés, cobras e onças, as meninas índias divertem-se com suas aves domesticadas, e no Brasil moderno e urbano essa tradição se cristaliza no lazer adulto da aposta no bicho.[12]

Tais aspectos antropológicos do jogo do bicho citados por Freyre foram aprofundados por Roberto DaMatta e Elena Soárez. Se os animais são "bons para pensar, para classificar, para desafiar e reforçar a ordem social, para proibir, para ritualizar, para xingar e estabelecer limites",[13] a experiência brasileira mostra que estes também o são para jogar. Os autores entendem o jogo do bicho como um "*totemismo moderno*", um sistema de classificação capaz de relativizar a ética protestante que buscava se consolidar com a instauração do regime republicano, oferecendo ao povo a possibilidade de concretização do desejo de enriquecimento sem a necessidade de trabalho. Nas palavras dos antropólogos:

> Na verdade, o totemismo do jogo do bicho não é um fenômeno tribal, associado a uma ingênua projeção da sociedade na natureza, animismo ou tampouco prova de confusão mental. Pelo contrário, o que essas identidades do jogo do bicho inapelavelmente revelam é que as instituições sociais se fazem sem pedir licença às teorias sociológicas. Pois o que temos aqui é um autêntico sistema totêmico, mas um totemismo ligado a uma atividade moderna: uma loteria voltada para as massas, um jogo que incorpora em seu conjunto institucional uma ideologia moderna de risco. Dotado de uma elaborada sistemática divinatória e uma prática sacrificial, esse jogo permite que se ganhe o dinheiro que fará com que se mude de posição em um sistema altamente hierarquizado. Ora, jogo e risco são elementos "modernos", associados ao ideal de mobilidade social que é parte do trabalho livre e de um sistema englobado pelo mercado e pela igualdade de todos perante a lei. Ademais, esse totemismo não opera pela sustentação e legitimação de grupos sociais numa ordem cíclica, repetitiva e a-histórica, como ocorre nos sistemas totêmicos tribais, mas exprime um ideal de mudança social rápida, por meio de uma atividade que nega o trabalho braçal e reafirma a sagacidade individual, tendo surgido num cenário histórico repleto de transformações político-sociais radicais.[14]

---

objetos uma relação íntima, perfeitamente determinada". WILLEMS, Emílio. *Dicionário de Sociologia*. Rio de Janeiro: Globo, 1950. p. 346.

12. FREYRE, Gylberto. *Casa-grande & Senzala:* formação da família brasileira sob o regime patriarcal. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.
13. DA MATTA, Roberto; SOAREZ, Elena. *Águias, burros e borboletas:* um estudo antropológico do jogo do bicho. Rio de Janeiro: Rocco, 1999. p. 16.
14. *Ibidem*, p. 56.

Para os autores, quando do seu nascimento o jogo do bicho foi um componente que suavizou o processo de transição que vivia a sociedade brasileira, atuando na passagem do arcaico para o moderno com a conciliação de elementos de ambos, assumindo seu elo com a natureza como elemento essencial e associando isto a um capitalismo financeiro promissor de sedutores ganhos monetários e da sonhada ascensão social, até pouco tempo impossibilitada para a maioria da população pela rigidez do modelo monárquico-escravista.

O jogo do bicho é também um fenômeno simbólico que exprime o cotidiano do cidadão brasileiro, e, por isso, instituiu-se como elemento da cultura popular nacional. Criou raízes tão profundas que se desdobrou em modos de ser, viver, agir, pensar e falar. Posto isso, é fatal que o jogo do bicho seja lembrado em inesgotáveis manifestações artísticas. Seja no conto *"Jogo do Bicho"*, de Machado de Assis – mestre em relatar o espírito de seu tempo – que na história descreve o apostador do bicho como um novo ator social que surgia no Rio de Janeiro da época; ou na tragédia *"Boca de Ouro"*, escrita por Nelson Rodrigues em 1959, sobre um bicheiro que mandou trocar todos os seus dentes por pivôs de ouro puro; assim como no filme de 1952 *"Amei um Bicheiro"*, de Jorge Ileli e Paulo Wanderley, com atuação de Grande Otelo; na telenovela global *"Bandeira 2"*, de 1971, que retrata o submundo dos grandes bicheiros cariocas; na música de Bezerra da Silva, que imaginava que *"se não fosse o samba, quem sabe hoje em dia eu seria do bicho"*; ou ainda no rap *"Grajauex"* de Criolo, que narra o dia a dia do bairro do Grajaú, na zona sul de São Paulo, e crava que *"se jogo do bicho é contravenção, Mega-Sena é ilusão pra colar com durex"*, numa referência à política estatal de dois pesos e duas medidas na regulação dos jogos de azar. Enfim, todas essas expressões artísticas reservam um ponto em comum: o relato da continuidade inabalável da presença do jogo do bicho na vida do brasileiro.

Os estudos folclóricos reservaram considerável atenção ao jogo do bicho. Luís da Câmara Cascudo, um dos mais importantes nomes do movimento folclorista brasileiro, dedicou um verbete ao jogo do bicho em seu dicionário. Cascudo enfatiza a popularidade do bicho, que é "o jogo diário de milhões de brasileiros, vício dominador, irresistível e soberano. Joga-se em todo o Brasil, das capitais às povoações menores, diariamente".[15] Ainda, exalta os inúmeros desdobramentos que a aposta tem no cotidiano do brasileiro, como os processos populares de adivinhação do *"bicho certo"*, o apelo ao divino e ao sagrado

15. CASCUDO, Luís da Câmara. *Dicionário do Folclore Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: MEC, 1962. p. 33.

nesses,[16] e o mercado de trabalho informal constituído pelo jogo que oferece o ganha-pão de um sem número de brasileiros.[17]

Fica claro então como o jogo do bicho trata-se de um excelente exemplo daquilo que Gylberto Freyre chamou de *brasileirismo*: uma instituição genuinamente nacional, capaz de expressar e interferir dramaticamente nos processos de constituição da nossa sociedade. Com mais de um século de existência vivenciada diuturnamente pelo povo, o *bicho* tomou dimensões que tornam a tutela penal do Estado completamente estéril. Há muito o jogo do bicho deixou de ser apenas mais um jogo de azar proibido pela lei: o que tratamos nesse estudo é de um *fato social incontornável*.

3. O processo de criminalização e suas consequências

O sucesso do jogo do bicho entre a população carioca logo encontrou resistência no alto escalão policial. Vinte dias após a inauguração do jogo no Zoológico, foi publicado no jornal *O Tempo* um ofício de protesto do chefe de polícia endereçado ao 2º delegado, responsável pela repressão aos jogos de azar.[18] Ainda assim, o jogo continuou sendo praticado no Jardim Zoológico normalmente, até que, em 1895, o cerco voltou a ser fechado.

16. Diversas orações elaboradas sobre a aposta no jogo do bicho foram colecionadas pelos folcloristas estudiosos do tema. Cf. MAGALHÃES, Felipe, *op. cit.*, p. 130 e ss.

17. Em entrevista à Simone Soares, *Zinho*, porta-voz dos bicheiros da cúpula do Rio de Janeiro, afirmou que o jogo do bicho na época empregava cerca de 60 mil indivíduos na cidade, em sua maioria deficientes físicos, idosos e ex-presidiários, aqueles com maiores dificuldades em encontrar uma vaga no mercado formal de trabalho. Cf. SOARES, Simone Simões Ferreira. *O jogo do bicho:* a saga de um fato social brasileiro. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993. p. 77.

18. Dizia o ofício: "(...) posta em prática essa diversão [o jogo do bicho], se verifica que tem ela o alcance de verdadeiro jogo, manifestamente proibido. Os bilhetes expostos à venda contém a esperança puramente aleatória de um prêmio em dinheiro, e o portador do bilhete somente ganha o prêmio se tem a felicidade de acertar com o nome e a espécie do animal que está erguido no alto de um mastro. Esta diversão, prejudicial aos interesses dos incautos, que com a esperança enganadora de um incerto lucro se deixam ingenuamente seduzir, é precisamente um verdadeiro jogo de azar, porque a perda e o ganho dependem exclusivamente do acaso e da sorte. Como semelhante divertimento não pode por mais tempo ser tolerado, e conquanto maior fundamento quanto é certo que muitas queixas me têm sido dirigidas pelas pessoas lesadas, assim intimarei ao diretor do Jardim Zoológico para que suspenda imediatamente a continuação do aludido jogo, sob pena de ser processado na conformidade dos arts. 369 e 370 do Código Penal". MAGALHÃES, Felipe, *op. cit.*, p. 190.

Com o objetivo de romper os acordos firmados entre a prefeitura e a Companhia do Jardim Zoológico, o prefeito Francisco Furquim Werneck de Almeida ordenou que fosse feita a auditoria dos contratos firmados entre as partes. Os dois pareceristas indicaram que o descumprimento de obrigações contratuais por parte do Barão de Drummond, especialmente a exploração de jogos de azar, já proibidos legalmente à época; e o *mal social* que a jogatina desenfreada no zoológico causava, bastavam para legitimar a rescisão do contrato. A administração pública desde o início encarou o jogo do bicho com maus olhos, pois "para os defensores do projeto de modernização e civilização encarnado pelo Jardim Zoológico, o sorteio dos bichos representaria a falência deste ideal de progresso".[19]

Esse foi o início do processo que culminou na proibição do jogo do bicho pela publicação do Decreto 133, de 10 de abril de 1895, que autorizava o prefeito a rescindir o contrato com a empresa de João Baptista Vianna Drummond, rebaixando o jogo do bicho à qualidade dos jogos de azar já proibidos pela lei.

Com a edição do decreto proibitivo se seguiram várias campanhas policiais contra o jogo do bicho. A atuação dos *bookmakers*[20] e *apontadores*[21] passou a ser cada vez mais coibida, o que não impedia que a operacionalização do jogo se adaptasse às conjunturas de maior repressão, para que assim as apostas continuassem a ser feitas normalmente.

A primeira referência legal específica ao *jogo do bicho* surge nos artigos 15 e 71 do Decreto-lei 21.143, de 1932, que revogou toda a legislação existente sobre loterias, federais ou estaduais, que passaram a ser reguladas pelos seus dispositivos.[22] A legislação federal voltou a tratar do jogo do bicho em 1941

19. MAGALHÃES, Felipe, *op.cit*., p. 194.

20. Os *bookmaker*s, num primeiro momento, se associavam aos clubes de corridas para vender as apostas no turfe e assim ganhar determinada comissão. Com o passar do tempo, diversificaram seu negócio e passaram a receber apostas para os frontões, velódromos, boliches e loterias, legais ou não, como o jogo do bicho.

21. *Apontador* é o funcionário responsável por registrar as apostas do jogo do bicho no ponto de rua ou nas lojas.

22. "Art. 15. É inafiançável a contravenção, denominada "jogo do bicho", praticada mediante a venda de cautelas, bilhetes, papéis avulsos, com ou sem dizeres, ou ainda sob quaisquer outras modalidades. § 1º Incorrerão em pena: a) os empreendedores ou banqueiros do jogo; b) os que comprarem, distribuirem ou venderem os bilhetes ou papéis; c) os que, direta ou indiretamente, promoverem ou facilitarem o seu curso. § 2º Penas: de seis meses a um ano de prisão celular e multa de dez a cinqüenta contos de réis aos empreendedores ou banqueiros; e de dez a trinta dias de prisão

com a publicação da Lei de Contravenções Penais, que ampliava a redação de 1932. Três anos mais tarde, a LCP foi complementada pelo Decreto-lei 6.259, de 10 de fevereiro de 1944,[23] vigente até os dias de hoje.

Mesmo proibido ou criminalizado, o jogo do bicho sempre se mostrou resistente à repressão legal. O sistema de justiça criminal não consegue fazer cumprir a lei fundada a partir de uma criminalização oca, que nunca foi ansiada pela parcela majoritária da população e que envolve grandes interesses políticos e econômicos, não conseguindo transpor a barreira entre a abstração jurídica e a produção das realidades expressamente pretendidas pela lei proibitiva. O primeiro efeito desse processo de controle social desfigurado pelas instâncias oficiais se revela no alto grau de discricionariedade da polícia para com a contravenção. É como explicam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:

---

celular e multa de duzentos mil réis a um conto de réis, aos demais infratores. Art. 71. Quando os autos de infração se referirem ao "jogo do bicho", o fiscal de loterias ou o chefe da estação arrecadadora a quem forem apresentados, remeterá, dentro do prazo de 48 horas, uma cópia autêntica dos mesmos à autoridade policial, para a instauração do processo criminal competente". BRASIL. *Decreto n. 21.143, de 10 de março de 1932*. Regula a extração de loterias. Rio de Janeiro: Câmara, 1932. Disponível em: [bit.ly/2qV8rhL]. Acesso em: 25.07.2016.

23. "Art. 58. Realizar o denominado "jôgo do bicho", em que um dos participantes, considerado comprador ou ponto, entrega certa quantia com a indicação de combinações de algarismos ou nome de animais, a que correspondem números, ao outro participante, considerado o vendedor ou banqueiro, que se obriga mediante qualquer sorteio ao pagamento de prêmios em dinheiro. Penas: de seis (6) meses a um (1) ano de prisão simples e multa de dez mil cruzeiros (Cr$ 10.000,00) a cinqüenta mil cruzeiros (Cr$ 50.000,00) ao vendedor ou banqueiro, e de quarenta (40) a trinta (30) dias de prisão celular ou multa de duzentos cruzeiros (Cr$ 200,00) a quinhentos cruzeiros (Cr$ 500,00) ao comprador ou ponto. § 1º Incorrerão nas penas estabelecidas para vendedores ou banqueiros: a) os que servirem de intermediários na efetuação do jôgo; b) os que transportarem, conduzirem, possuírem, tiverem sob sua guarda ou poder, fabricarem, darem, cederem, trocarem, guardarem em qualquer parte, listas com indicações do jôgo ou material próprio para a contravenção, bem como de qualquer forma contribuírem para a sua confecção, utilização, curso ou emprêgo, seja qual for a sua espécie ou quantidade; c) os que procederem à apuração de listas ou à organização de mapas relativos ao movimento do jôgo; d) os que por qualquer modo promoverem ou facilitarem a realização do jôgo. § 2º Consideram-se idôneos para a prova do ato contravencional quaisquer listas com indicações claras ou disfarçadas, uma vez que a perícia revele se destinarem à perpetração do jôgo do bicho". BRASIL. *Decreto n. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944*. Dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1944. Disponível em: [bit.ly/2qV1EUX]. Acesso em: 25.07.2016.

> Hoje aceita-se pacificamente que a aplicação da lei criminal e o processamento formal da delinquência não são mais do que uma das múltiplas alternativas reais ao dispor da polícia na sua reposta ao crime. Uma alternativa, aliás, que está longe de ser a mais significativa, pelo menos em termos quantitativos. (...) Na verdade, a polícia dispõe de um largo leque de alternativas à estrita e efectiva aplicação da lei: umas legais, outras ilegais, outras ainda situadas numa zona cinzenta não expressamente coberta pela lei ou pelos manuais.[24]

A disponibilidade da polícia para tomar conta do caso, esclarecê-lo e processá-lo formalmente é reduzida nos casos de baixa gravidade da infração, como é o caso do jogo do bicho.[25] Nem sempre as normas positivadas são interiorizadas e aderidas pela polícia. A cultura policial tem o poder de questionar concepções moralistas ou ideológicas do legislador que conflitam com os valores da comunidade na qual esse vive e/ou trabalha, e com as quais concorda. "Os poderes da polícia parece residirem, para bem ou para mal, nas mãos do povo".[26] O ponto problemático da discricionariedade da polícia aplicada ao jogo do bicho é o ensejo que essa oferece à práticas corruptas:

> É sobretudo nos domínios em que o legislador procura impor coactivamente a moral, designadamente nos crimes sem vítima, que a corrupção encontra o seu campo privilegiado. É outrossim nestes crimes que mais fácil se torna a racionalização da conduta do polícia: apelando, v. g., para a ideia de realismo, ou para o facto de as práticas proibidas não prejudicarem ninguém.[27]

As investigações do Ministério Público do Rio de Janeiro sobre a contabilidade do banqueiro do jogo do bicho Castor de Andrade, apreendida em 1994, revelaram que os bicheiros da cidade geriam um fundo coletivo destinado ao pagamento de propinas a policiais do alto escalão. Somente em setembro de 1992 esse fundo movimentou cerca de 200 mil dólares.[28] Os balanços contá-

24. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 445.
25. O conceito de gravidade é subjetivo e fica a cargo do policial e de suas concepções de mundo. Posto que no Brasil os policiais em geral provém das classes populares, é compreensível a tolerância destes para com o jogo do bicho, que via de regra é um elemento participante das suas próprias histórias de vida.
26. *Ibidem*, p. 459.
27. *Ibidem*, p. 468.
28. MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998. p. 104.

beis explicitavam com detalhes o pagamento de almoços e jantares a oficiais da PM, de consertos mecânicos e funilaria das viaturas da polícia e, principalmente, de propinas destinadas ao relaxamento de prisões em flagrante de funcionários do jogo do bicho.[29]

Em São Paulo, o inquérito que apurou os crimes de Ivo Noal, maior bicheiro do estado, também expôs a relação simbiótica entre a polícia e a contravenção, tendo no caso mais de uma dúzia de policiais envolvidos e um investigador preso preventivamente junto ao banqueiro paulista.[30]

Para além da corrupção policial, o fator criminógeno da repressão penal foi fundamental na escalada da contravenção à condição de *crime organizado*. Em nível científico, o conceito de *crime organizado* ainda é objeto de uma longa e incessante discussão. Zaffaroni[31] sustenta que o *crime organizado* trata-se de uma categorização frustrada; uma missão impossível delegada à criminologia pelo poder, a fim de satisfazer os anseios dos políticos, da polícia, e, sobretudo, da grande mídia. Não há consenso sobre o conceito de *crime organizado* nem na Academia e nem nos órgãos oficiais dos governos estatais; tendo as tentativas de resolução dessa questão acordado em raros pontos, como a *estrutura empresarial* e o *mercado ilícito* como elementos essenciais do *crime organizado*, mas que ainda assim não são suficientes para abarcar com rigor científico a multiplicidade de fenômenos que são rotulados como tal.

O ponto mais problemático dessa combinação é o de que as fronteiras que separam as empresas lícitas das ilícitas são profundamente confusas, posto que é mais do que comum na dinâmica da economia capitalista a prática de ilícitos como meio estratégico de realização dos objetivos de lucro da atividade lícita, como por exemplo, a lavagem de dinheiro, o suborno de agentes públicos, a contratação de mão de obra irregular frente à legislação trabalhista, o desprezo pela possível origem ilícita do dinheiro recebido etc., expedientes sistematicamente utilizados por empresas tidas como lícitas, mas que nem por isso são rotuladas como *organizações criminosas*.

A falta de precisão no conceito que embasa a intervenção punitiva do Estado fatalmente dará vaga à seletividade de sua aplicação e às arbitrariedades

29. Ver matéria da *Folha de S. Paulo:* Livro detalha corrupção policial, publicada em 16 de abril de 1994. Disponível em: [bit.ly/2sEnzkM]. Acesso em: 26.04. 2016.

30. MINGARDI, Guaracy, *op. cit.,* p. 101.

31. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1996, p. 45-67.

típicas do direito penal autoritário, que recaem sempre sobre aqueles menos favorecidos na distribuição de poder dentro do sistema de justiça criminal.

Isso parece acontecer com as criminalidades tipicamente populares/periféricas/marginalizadas brasileiras, a exemplo do tráfico de drogas (o rótulo de *crime organizado* da atividade é deixado de lado quando a mercadoria ultrapassa os indivíduos e os limites geográficos da favela e chega às mãos e aos espaços da elite);[32] das facções nascidas no sistema penitenciário, como o *Comando Vermelho*, do Rio de Janeiro, e o *Primeiro Comando da Capital,* de São Paulo (apesar de apresentarem estrutura empresarial e por vezes mimetizarem os comportamentos criminalizados de tais facções, uma empreiteira ou um banco que venham a corromper agentes públicos para atender seus interesses de lucro não receberão a pecha de *organização criminosa*; um grupo de fazendeiros latifundiários que contratar assassinos de aluguel para uma emboscada em um assentamento de sem-terras ou em uma reserva indígena também escaparão do rótulo); e da loteria do *jogo do bicho*, que a despeito de qualquer estigma agravante de sua criminalização, continua a exercer suas atividades com anuência e participação ativa da maioria da população.

Apesar desse entrave teórico, no caso do *jogo do bicho* a perspectiva economicista do *crime organizado* parece poder ao menos nortear a discussão aqui apresentada. Podemos partir da ideia de que "o crime organizado seria o conjunto de atividades ilícitas que operam no mercado, disciplinando-o quando as atividades legais ou o Estado não o fazem. Em termos mais preciosos, sua função econômica seria a de abranger áreas de capitalismo selvagem que carecem de um mercado disciplinado",[33] com a importante ressalva de que o rótulo de *crime organizado* imposto às atividades como o tráfico de drogas e o jogo do bicho é, sobretudo, produto da seletividade atrelada ao estrato social desprivilegiado em que essas se concentram e são expostas.

32. À título de ilustração, vale uma breve análise da seletividade classista no discurso midiático. Em 17 de março de 2015, o portal G1 deu a manchete: *"Polícia prende traficante com 10 quilos de maconha em Fortaleza"*. Disponível em: [glo.bo/1F3zCcu]. Acesso em: 10.08.2016. Dez dias depois, veio a seguinte: *"Polícia prende jovens de classe média com 300 kg de maconha no Rio"*. Disponível em: [glo.bo/1MfF7eT]. Acesso em: 10.08.2016. Apesar de ambas noticiarem tráfico de drogas, a partir do mesmo modelo de enunciado, o rótulo de traficante só foi imposto ao morador da periferia de Fortaleza. Já para os moradores da Tijuca, o tratamento por *"jovens de classe média"* não faz questão de aludir diretamente à condição de traficante, ainda que a quantidade de maconha apreendida tenha sido trinta vezes maior.

33. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 53.

As proporções da extensão geográfica e do volume de dinheiro movimentado pela operação diária do jogo do bicho demandam um alto grau organização e uma sofisticada estrutura logística que garanta o perfeito funcionamento dos esquemas de apostas, sorteios, e pagamentos. Por exemplo, quando uma aposta alta é feita em uma banca que não possui capital suficiente para cobri-la caso essa seja premiada, é realizada a chamada *descarga*, na qual o pequeno banqueiro repassa a aposta para outro maior que possa fazer valer a premiação, sustentando a credibilidade do jogo e evitando que o sorteio possa quebrar as bancas.

Pode-se dizer, também, que aqueles envolvidos na exploração do jogo do bicho configuram um grupo organizado, e não uma mera multidão com interesses por acaso coincidentes, por preencherem as condicionantes lembradas por Shimizu:

> A existência de um certo grau de continuidade; o desenvolvimento de uma relação emocional entre cada membro e o restante do grupo; a interação com outros grupos semelhantes (por cooperação ou rivalidade); a estruturação e a divisão de funções e a criação de costumes, hábitos e tradições.[34]

O jogo do bicho apresenta similaridades com as tradicionais máfias italianas, organizações ilícitas que também realizam suas atividades a partir de uma considerável pluralidade de agentes, e que talvez representem o caso de *crime organizado* que despertou o maior interesse da literatura (não só científica) mundial.

Assim como nas máfias, as relações patronais no jogo do bicho ultrapassam a mera prestação de serviço compensada por pagamento de salário. O funcionário do bicho figura como um protegido do banqueiro, quase um membro da família. As relações interpessoais no âmbito desse tipo de organização estão pautadas por sentimentos de *solidariedade* e *gregarismo*,[35] e isso faz do jogo do bicho um fenômeno de difícil superação. A complexidade fática dos elos que

34. SHIMIZU, Bruno. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas:* um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. São Paulo: IBCCrim, 2011. p. 171.

35. "A solidariedade significa identificações recíprocas que levam à formação de egos uniformes e não de egos diferenciados. (...) Já o gregarismo seria o instinto por conta do qual se daria a tendência compartilhada pelos seres de uma espécie de combinar-se em unidades cada vez mais abrangentes. (...) Na dinâmica de uma massa, o gregarismo, assim, seria à tendência ao agrupamento, que justifica a criação da massa, ao passo que a solidariedade consistiria nas relações afetivas entre os membros, justificando sua manutenção". SHIMIZU, Bruno, *op. cit.*, p. 165.

ligam os envolvidos na contravenção, do banqueiro ao apostador, extingue a possibilidade de que um tipo legal, mera abstração jurídica, tenha algum êxito na inibição da prática.

Guaracy Mingardi entende que o jogo se estrutura fundamentalmente no modelo de *cartel*: um acordo entre os grandes exploradores de determinada atividade econômica, que visa reduzir a concorrência ao ponto de consolidar um oligopólio dentro do mercado em questão.[36] No caso do jogo do bicho, os termos desse tipo de acordo via de regra tratam da delimitação geográfica da área de atuação de cada banqueiro.

O Rio de Janeiro vivenciou anos de sangrentas disputas territoriais amplamente noticiadas pela imprensa fluminense.[37] A ocorrência desses episódios violentos em série só veio a ser reduzida com a consolidação da chamada *cúpula do jogo do bicho* na cidade: Valdomiro Paes Garcia, o Miro, assumiu o controle da zona sul; Castor de Andrade, a zona norte; Antônio Petros, o Turcão, o centro; Aniz Abraão David, a baixada fluminense; e Ailton Guimarães Jorge, o Capitão Guimarães, passou a controlar Niterói.[38]

O respeito à divisão territorial da cúpula se sustenta na coerção pelo medo: a violência é a resposta do grupo àqueles que ousam ameaçar a hegemonia dos chefes da contravenção. Em São Paulo, os métodos de controle e manutenção

36. MINGARDI, Guaracy, *op. cit,* p. 107.

37. Algumas manchetes da época: "Guerra do bicho espalha terror na Zona Norte. Leilão de profissionais do gatilho para matar"; "Nas diligências para desbaratar o "Sindicato do Crime", mantido por elementos de proa do jogo do bicho, para a eliminação de concorrentes, as autoridades vêm de pôr as mãos em mais um assassino..."; "ZN: Terra de ninguém na guerra sem quartel dos bicheiros"; "O Comerciante L. M. V. à beira da morte... Recebeu 9 tiros de pistola 45 disparados por um integrante do "Sindicato do Crime". Motivo: Não consentiu que seu botequim se transformasse em fortaleza"; "Primos pobres do bicho declaram guerra aos primos ricos"; "Bocas de Ouro" ameaçam arrasar o "trust" da jogatina na Cidade!; "A Cidade dividida em quatro zonas... Os banqueiros menores reuniram-se para conter o poderoso "trust" que tem cobertura"; "Pistoleiros fuzilaram Limina por ordem de banqueiro rival"; "O atentado do deputado estadual estaria ligado à guerra dos bicheiros. Medo de ser morto foi a alegação de defesa do pistoleiro, para justificar os cinco tiros que deu no deputado A. B. F. ontem em Caxias"; "Pelo menos cinco pessoas vão morrer todos os dias em Duque de Caxias, se o bicheiro (deputado) se recuperar". ABREU, Waldyr de. *O submundo do jogo de azar, prostituição e vadiagem:* aspectos jurídicos, sociais e psicológicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. p. 60.

38. SOARES, Simone Simões Ferreira. *O jogo do bicho:* a saga de um fato social brasileiro. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993. p. 124.

da estrutura de poder no jogo do bicho não são diferentes. Ivo Noal, antigo controlador da grande maioria dos pontos de aposta no estado, foi acusado de homicídio contra banqueiros rivais por três vezes nos anos 1980; em uma das ocasiões, no ano de 1986, pequenos banqueiros teriam se rebelado contra Noal devido à imposição de uma nova tabela de premiações, que elevava os valores e inviabilizaria as pequenas bancas, deflagrando a violenta rebelião desses banqueiros mais modestos contra o magnata do jogo paulista.

A associação do jogo do bicho ao narcotráfico trata-se de um fenômeno ainda pouco documentado/estudado, mas que aparenta estar relacionado ao fato do Rio de Janeiro ter se transformado em polo do tráfico internacional de drogas ao longo da década de 1970. A coexistência de ambas as atividades (o tráfico de drogas e o jogo do bicho) no mesmo submundo da ilegalidade fluminense criou a conjuntura perfeita para que logo esses dois universos passassem a interagir entre si.

É possível que a discrição com que se dá essa relação seja fruto do temor por parte dos bicheiros em perder a larga aceitação social de seu carro-chefe. Como exposto na primeira seção do trabalho, a contravenção do jogo do bicho jamais enfrentou resistência popular; pelo contrário, desde seu surgimento é praticada à luz do dia por grande parte da população. Porém, o tráfico de drogas sempre foi encarado como inimigo do Estado e ameaça à família brasileira. Se o imaginário do povo, principalmente o da classe média, fundir as duas atividades numa só, o jogo do bicho tende a perder o seu respaldo cultural.

Ainda assim, existem alguns registros que podem ao menos indiciar a miscigenação do jogo com o tráfico. Mingardi[39] lembra a Operação Mosaico, da Polícia Federal, que em 1988 revelou a entrada de dinheiro de dois bicheiros cariocas, Emil Pinheiro e José Escafura, na contabilidade do traficante Antônio José Nicolau, o Toninho Turco. Ainda, foram encontrados cartões de vários outros bicheiros, e uma carta em que Luizinho Drummond, grande bicheiro carioca, pede que Toninho Turco interceda junto a um desembargador em favor de um traficante de armas americano.

Em São Paulo, há os casos dos bicheiros sorocabanos Ernani Rodrigues e José Carlos de Oliveira, presos por tráfico de cocaína e indiciados várias vezes por contravenção. Outro exemplo é o de Albino Fantazine, bicheiro de Guarulhos e preso também por tráfico de cocaína. O episódio mais emblemático dessa relação entre tráfico de drogas e jogo do bicho talvez seja o de Paulinho

39. MINGARDI, Guaracy, *op. cit.*, p. 106.

Andrade, que foi citado como traficante na CPI do Narcotráfico realizada pelo Congresso Nacional. Paulinho era filho do poderoso bicheiro Castor de Andrade, e foi assassinado em 1998, na violenta disputa pelo espólio de seu falecido pai.

A repressão ao jogo do bicho produziu uma série de efeitos não previstos da ação legal: aquilo que pretendeu encerrar o jogo do bicho acabou se tornando vetor de sua popularização. A situação de ilegalidade em que o *bicho* foi posto, na tentativa de sanar um *mal social*, se desdobrou nas trágicas consequências expostas nesse capítulo; nomeadamente, a expansão das atividades de loteria para outras mais graves como o tráfico de drogas; a corrupção de agentes públicos; e a violência empregada na disputa pelo controle da exploração de uma atividade que é essencialmente pacífica.

Numa sociedade mercadológica, tudo que representa uma demanda (como a aposta no jogo do bicho), implica no surgimento de uma oferta, que logo será cooptada por algum setor da economia, seja ele formal ou informal. E assim, a tentativa estatal de extinção pela via penal de uma demanda irresistível incorreu num desastroso resultado: o agravamento e a diversificação do campo de atuação da atividade criminal dos indivíduos envolvidos no jogo do bicho.

4. POSSÍVEIS INTERESSES POR DETRÁS DA CRIMINALIZAÇÃO

A ideologia por trás da legislação repressiva ao jogo do bicho sempre apontou na mesma direção. O discurso jurídico-policial do fim do século XIX e início do século XX, por vezes encampado até mesmo pela militância operária, tinha como objetivo a construção de um *"sentido de classe positivo, em que a figura do trabalhador surgisse distanciada dos vícios"*.[40] Os vícios a serem combatidos, na visão oficial e das organizações de trabalhadores, eram coincidentes: o abuso de bebidas alcoólicas, a vadiagem e o jogo.

Não demorou para que tais ideias fossem transpostas do repúdio moral à repressão penal. A edição da Lei das Contravenções Penais e do Decreto-lei 6.259/44, vigentes até os dias de hoje e responsáveis pela atual criminalização do jogo bicho, foi produzida durante o Estado Novo e em pleno alinhamento com os pilares do projeto político trabalhista da Era Vargas:

> O trabalho, desvinculado da situação de pobreza, seria o ideal do homem na aquisição da riqueza e cidadania. A aprovação e a implementação de direitos sociais estariam, desta forma, no cerne de uma ampla política de revalorização

40. MAGALHÃES, Felipe, *op. cit.*, p. 42.

> do trabalho caracterizada como dimensão essencial de revalorização do homem. O trabalho passaria a ser um direito e um dever; uma tarefa moral e ao mesmo tempo um ato de realização; uma obrigação para com a sociedade e o Estado, mas também uma necessidade para o próprio indivíduo encarado como cidadão.[41]

Então, a aspiração de enriquecimento fácil e repentino através do jogo era frontalmente conflitante com o projeto que tentava ser implementado pelo governo. Porém, o tratamento repressivo dedicado ao jogo do bicho não atingiu outras modalidades em que também era possível a aposta, como o turfe. A resposta para a tolerância estatal para com as corridas de cavalo reside no fato de que essas eram interesse essencialmente das elites.[42]

As classes economicamente desfavorecidas têm seus costumes, práticas e tradições rotuladas criminalmente[43] porque estão excluídas dos processos de formulação e aplicação da lei. Esses, por sua vez, são controlados pela elite econômica que, por consequência da estrutura capitalista, goza também da condição de elite política e ocupante permanente do poder. Logo, a igualdade

41. GOMES, Ângela de Castro. Ideologia e trabalho no Estado Novo. *Repensando o Estado Novo*. Rio de Janeiro, FGV, 1999. p. 55.

42. "Fosse por seu representante mais tradicional, fosse pelo mais moderno, os clubes de corrida de cavalos foram criados como forma de as classes mais abastadas criarem mais um fator de distinção entre elas e aqueles que não poderiam sustentar animais de tamanha envergadura. O turfe, seja como esporte ou divertimento, foi criado para as famílias ricas; para elas próprias desfrutarem dele. Bilac, em uma de suas crônicas, argumentou que o principal espetáculo dos prados não se dava nas pistas com os cavalos, mas sim nas tribunas onde as pessoas compareciam para ver e serem vistas". MAGALHÃES, Felipe, *op. cit.*, p. 46.

43. Uma conduta tipificada e/ou percebida como crime não possui uma realidade criminal ontológica; o valor-crime atribuído a algumas práticas em detrimento de outras é resultado de um processo político-jurídico que seleciona uma amostra parcial de condutas para habitar o rol de tipos nos códigos penais e serem efetivamente processadas dentre uma série infinita de possibilidades. Para melhor entender as ideias do *labeling approach,* perspectiva criminológica sob a qual se alinham essas ideias, valem as palavras de Howard Becker: "(...) grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um "infrator". O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal". BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 21-22.

no direito penal burguês se constitui somente no aspecto formal, como explica Alessandro Baratta:

> (...) o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.[44]

As ideias da criminologia crítica expostas por Baratta se cristalizam perfeitamente no caso do jogo do bicho. Instituição irredutivelmente popular e portador de um potencial subversor do arranjo socioeconômico, o *bicho* viu desde sempre a elite reagir com truculência à sua existência. A despeito de toda repressão, a loteria mais popular do Brasil resiste e prova que raízes culturais têm muito mais valor no mundo dos fatos do que abstrações jurídicas em forma de tipo penal. E esse processo de criminalização se desdobrou em novos contextos que se tornaram pontos de resistência à sua reversão. A seguir, serão expostas algumas das possíveis causas e interesses na manutenção da ilegalidade do jogo do bicho.

44. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 165.

4.1. O mecenato nas Escolas de Samba



Figura 3: *Anísio Abraão David, bicheiro e patrono da Beija-Flor de Nilópolis, no carnaval de 1989.*[45]

Fonte: [glo.bo/2rGRGus]. Acesso em: 11.03.2016.

Estima-se que o carnaval de rua carioca tenha surgido em meados do século XIX. A princípio, tratava-se de uma festa elitizada. Enquanto a aristocracia desfilava suas fantasias pelas avenidas principais da cidade, restava aos menos abastados contentar-se com a "diversão" de observar a folia alheia. A polícia garantia que a alegria de carnaval fosse privilégio de classe: se um grupo de trabalhadores suburbanos ousasse festejar no centro e compartilhar do mesmo espaço da burguesia em período carnavalesco, logo a repressão policial se fazia presente. A alternativa então era a clandestinidade das ruelas afastadas e dos fundos de quintal.

Com a consolidação da indústria do disco e a popularização do rádio na década de 1930, a música suburbana, especialmente o samba, começou a superar a barreira classista que segregava o carnaval carioca. O modo de festejar do morro seduziu a elite. Com isso, os blocos suburbanos passaram a contar cada vez mais com a tolerância do poder público e o prestígio da alta sociedade.

45. Ao fundo, uma alegoria de um Jesus Cristo mendigo censurada na antevéspera do desfile. A solução encontrada pelo carnavalesco Joãosinho Trinta foi a faixa com os dizeres "*Mesmo proibido, olhai por nós*", acaso que se fez uma excelente síntese da relação do jogo do bicho com as Escolas de Samba.

Tais blocos cresceram e tomaram a forma de *Escolas de Samba.*[46] A primeira surgiu em 1928, resultado da fusão de pequenos grupos de um mesmo bairro, que "*reunia artesãos, vendedores ambulantes, engraxates, estivadores etc., além de trabalhadores ocasionais de variado tipo, geralmente de cor escura, embora não estivessem excluídos os brancos*".[47]

Vários outros grupos surgiram, até que em 1935 as Escolas de Samba do Rio de Janeiro se organizaram numa federação. Uma série de exigências era feita para efetivar a associação das Escolas à entidade: estatutos, diretoria eleita, sede oficial, mensalidades etc., além da organização no modelo das sociedades civis nacionais. Um ano depois, a prefeitura oficializou o desfile das Escolas de Samba e lhes concedeu uma pequena subvenção.

O crescimento quantitativo do evento fez com que a relevância política, social e econômica das Escolas só aumentasse. Na década de 1960, a magnitude das apresentações acabou por encarecer demasiadamente a sua realização, e novas fontes de financiamento precisaram ser efetivadas.

> A novidade, um tanto paradoxal, na medida em que ela coincide com um período de intensa repressão e controle político, é que a "questão do carnaval" (leia-se, da fase moderna das escolas de samba) se desloca da esfera política para a esfera econômica, passando neste primeiro momento, a girar em torno dos custos, tanto para o poder público quanto para as escolas.[48]

Foi nesse contexto que se deu a aproximação dos bicheiros com as Escolas de Samba. Os custos de realização do desfile se tornaram insustentáveis para as agremiações, posto que a subvenção oficial não era suficiente. No Rio de Janeiro, bicheiros e sambistas sempre compartilharam o mesmo estrato social (as classes populares) e território geográfico (o subúrbio fluminense). Seja na compra do remédio do doente; nos presentes distribuídos às crianças no natal;

46. "O nome pitoresco de Escola de Samba, conhecido e popular no Brasil como nenhum outro, nomeia 'sociedades civis de cultura e lazer, sem finalidades lucrativas', cujo objetivo principal organizar, todos os anos, desfiles luxuosos, que constituem o essencial dos folguedos carnavalescos atuais. Nascidas no Rio de Janeiro, são hoje imitadas mais ou menos por toda a parte do território nacional". QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. Escolas de samba do Rio de Janeiro ou a domesticação da massa urbana. *Cadernos CERU*, v. 1, 1985. p. 8.

47. *Ibidem*, p. 19.

48. CHINELLI, Filipina; SILVA, Luiz Antônio Machado da. O vazio da ordem: relações políticas e organizacionais entre as escolas de samba e o jogo do bicho. *Revista do Rio de Janeiro*, n. 12, 2004, p. 216.

ou no trabalho oferecido ao desempregado, o jogo do bicho no Rio de Janeiro historicamente faz o papel de patrono de suas comunidades.

Assim, quando o dinheiro do jogo se fez necessário no preparo do carnaval, os bicheiros viram ali uma excelente janela de oportunidade: o financiamento das Escolas poderia servir de instrumento de lavagem de dinheiro, e figurar como mecenas dessas reforçaria a legitimação social da sua atividade. Outro aspecto interessante aos bicheiros nessa situação é a possibilidade de interlocução com o poder público de maneira oficial: o que era impossível na condição de contraventor, se faz necessário na de mecenas da Escola de Samba e agente fundamental na realização do carnaval, relação que será aprofundada no próximo tópico.

O ponto alto da consolidação dos grandes bicheiros na organização do carnaval carioca foi a criação da Liga Independente das Escolas de Samba (LIESA), em 1984. No artigo 4º de seu estatuto, a LIESA elenca como sócios-fundadores na categoria "pessoa física" todos os integrantes da cúpula do jogo do bicho. A Liga Independente das Escolas de Samba surgiu da desfiliação das dez principais Escolas da época da até então única entidade organizadora dos desfiles, a Associação das Escolas de Samba da Cidade do Rio de Janeiro (AESCRJ). A LIESA passou então a tratar do desfile do grupo especial, restando à AESCRJ o papel coadjuvante do desfile do grupo de acesso.[49]

Para ilustrar a justaposição territorial das Escolas de Samba com a divisão da cúpula do jogo do bicho, vale a reprodução do quadro esquemático publicado na revista *Veja*, em 27 de fevereiro de 1980:

49. As declarações dadas em 2015 por Neguinho da Beija-Flor, famoso intérprete carioca, são esclarecedoras sobre a relação do carnaval com o jogo do bicho: "Se não fosse a contravenção meter a mão no bolso, organizar, estaríamos ainda naquele negócio de arquibancada caindo, desfile terminando duas horas da tarde, cada escola desfilando duas, três horas e a hora que quer. E a coisa se organizou", afirmou. Em seguida, falou em tom irônico: "Se hoje temos o maior espetáculo audiovisual do planeta, agradeça à contravenção". Disponível em: [bit.ly/1zr93JB]. Acesso em: 22.04.2016.

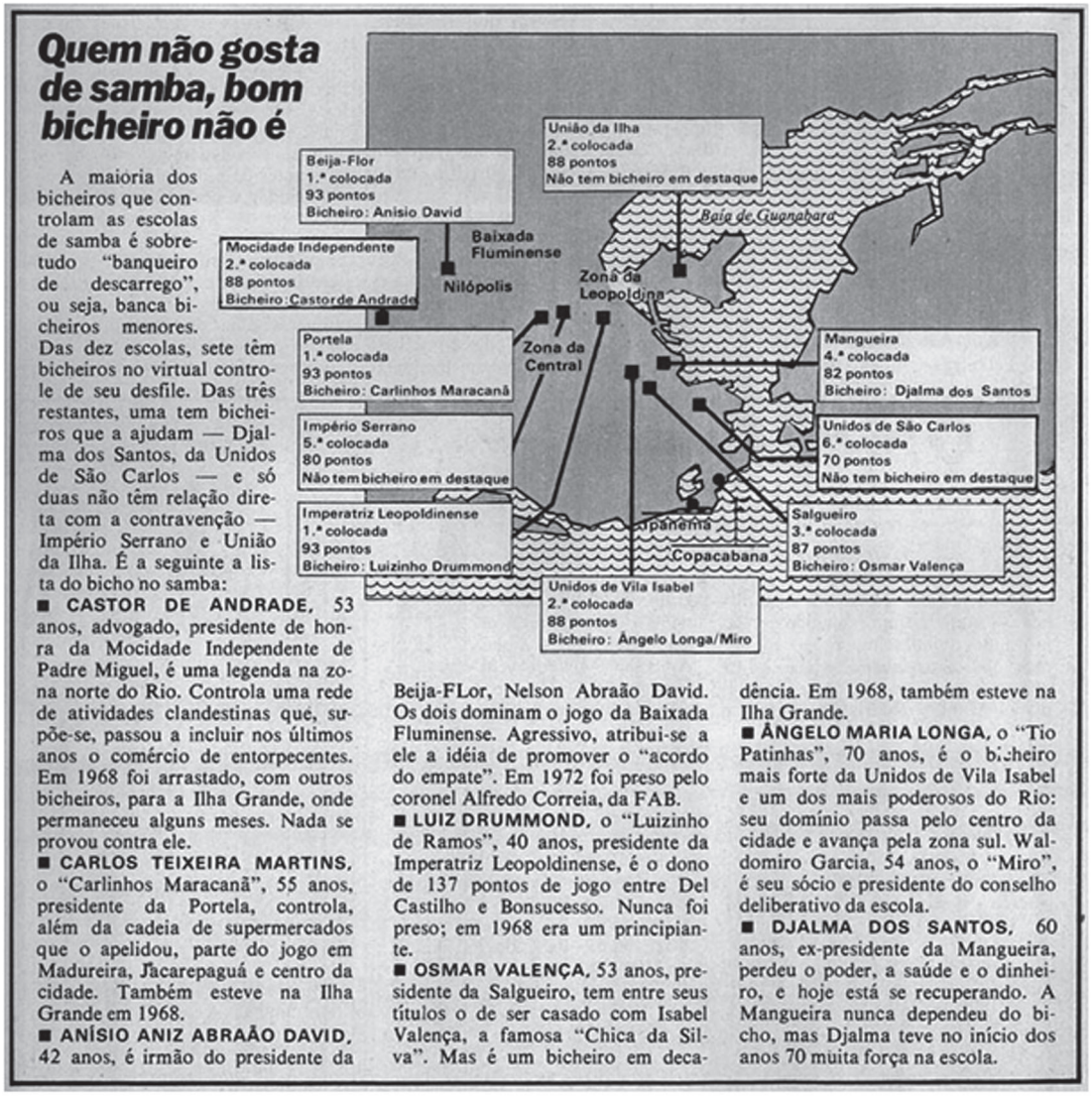


Figura 4: Divisão territorial das Escolas de Samba e do jogo do bicho na cidade do Rio de Janeiro.

Fonte:[abr.ai/2rTxypX]. Acesso em: 25.07.2016.

Dividir para reinar, tal parece ser o lema das camadas superiores, quando desenvolvem as competições entre as Escolas de Samba e favorecem sua rivalidade. Lema partilhado pelos bicheiros, num acordo dissimulado e inevitável com os estratos superiores, cujo sentido é assegurar a mútua hegemonia.[50]

50. QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. Escolas de samba do Rio de Janeiro ou a domesticação da massa urbana. *Cadernos CERU*, v. 1, 1985. p. 34.

Esse arranjo sócio-político-institucional muito interessa às classes dominantes: a população suburbana se sacrifica ao longo do ano no preparo do espetáculo de carnaval, a elite se diverte do alto de seus camarotes com o desfile apresentado na avenida, e o povo, desapropriado da sua cultura e excluído da própria festa, converte sua possível indignação com o sequestro do carnaval pelos interesses políticos e econômicos em "fogo amigo", cristalizado na rivalidade da competição entre as escolas. Os políticos encontram no mecenato dos bicheiros uma rica fonte de financiamento de campanhas e um proveitoso curral eleitoral entre os membros da Escola. Os bicheiros, por sua vez, lavam seu dinheiro, limpam seus nomes, e triunfam sorridentes em cima das alegorias, gozando do prestígio devotado aos *"mecenas da cultura popular"*. E assim, a manutenção da criminalização do jogo do bicho se torna mais uma sólida garantia da vigente e problemática ordem das coisas.

4.2. A política e o jogo do bicho

Uma série de governos estabeleceu "laços amigáveis" com o jogo do bicho. Juracy Magalhães, governador da Bahia de 1959 a 1963, listava uma série de instituições de caridade que deveriam receber doações dos bicheiros em troca do afrouxamento da repressão ao jogo. Roberto Silveira, no Rio de Janeiro, repetiu a experiência baiana. Os dois mandatos de Leonel Brizola, e o governo Moreira Franco[51] mantiveram o regime de tolerância para com a contravenção. A "boa" relação entre bicheiros e políticos fez com que Castor de Andrade, chefe da cúpula do jogo no Rio de Janeiro, fosse convidado para a solenidade de recepção da Rainha Elizabeth no Brasil, em 1968, enquanto o secretário de segurança do Estado não pôde contar com o mesmo privilégio.[52]

51. Ver figura 5.

52. SOARES, Simone Simões Ferreira. *O jogo do bicho:* a saga de um fato social brasileiro. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993.

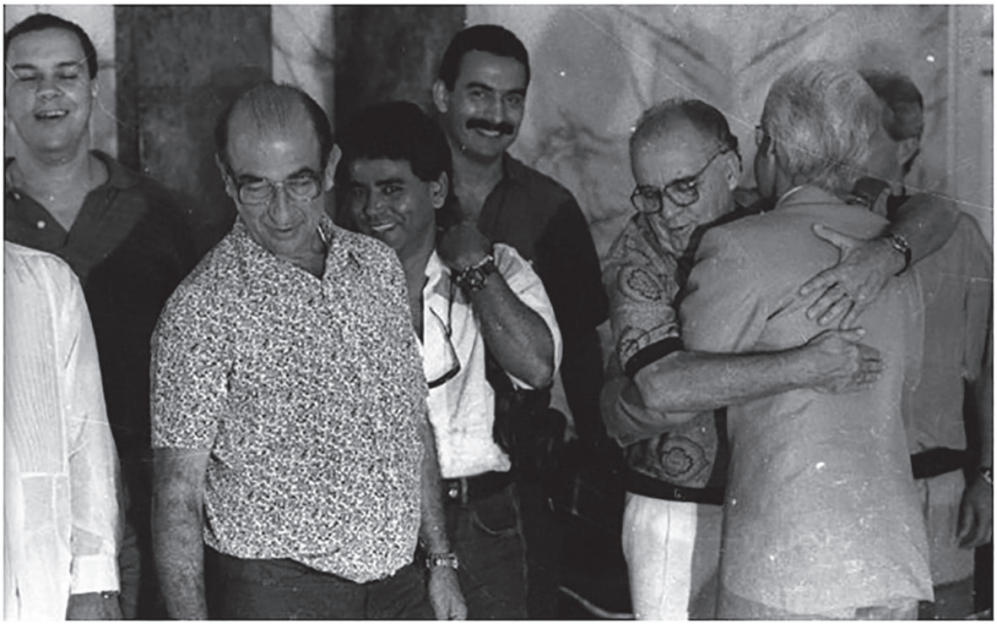


Figura 5: *O então governador do Rio de Janeiro, Moreira Franco, abraça o bicheiro Carlinhos Maracanã.*

Fonte: [bit.ly/2qV74Q1]. Acesso em: 25.07.2016.

Um dos casos de influência do jogo do bicho na política mais evidentes talvez seja o de Anísio Abraão David, patrono da Beija-Flor, a maior escola de Samba do município de Nilópolis, localizado na baixada fluminense. O primo de Anísio, Simão Sessim, depois de ter comandado a prefeitura da cidade entre 1973 e 1977, já acumula dez mandatos consecutivos como deputado federal, e é um dos investigados por recebimento de propina na Operação Lava-Jato. Anísio também conseguiu eleger prefeitos de Nilópolis seus irmãos Miguel Abraão David (1983-1988); Jorge Sessim David (1988-1992) e Farid Abrahão David (2001-2008), além de seu sobrinho Sérgio Sessim (2009-2012). Outros sobrinhos se beneficiaram da influência política do tio-bicheiro: Abraão David Neto foi eleito vereador de Nilópolis, e Ricardo Abrão exerce seu segundo mandato como deputado estadual no Rio de Janeiro.

O vereador de São Paulo, Agnaldo Timóteo, nunca escondeu que sempre teve suas campanhas financiadas pelo jogo do bicho. Em entrevista ao jornal O Globo, de 01 de abril de 1994, declarou: *"Não vejo nada de mais em pedir ajuda a quem tem dinheiro para ajudar. Em todas as minhas campanhas foi assim. Sou muito grato ao Dr. Castor, que sempre me ajuda nas horas de aperto"*.[53]

53. *Apud* MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998. p. 103.

Anos depois, reafirmou sua posição em entrevista ao programa CQC, da Rede Bandeirantes, exibido em 16 de abril de 2012; e acusou o então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, e o prefeito da capital fluminense, Eduardo Paes, de também serem beneficiados pelo dinheiro da contravenção em suas campanhas.

Os balanços contábeis apreendidos pelo Ministério Público no escritório do bicheiro Castor de Andrade, em 1994, revelaram o beneficiamento de campanhas na disputa à Presidência da República em 1989 de uma série de partidos. São apontadas doações às campanhas do PRN, PDT, PDS e PL; além de várias outras destinadas a 38 políticos citados em uma lista intitulada *"despesa política/cúpula"*.

A cúpula do jogo do bicho no Rio de Janeiro já possuía um esquema de financiamento eleitoral bem estruturado, do qual obtiveram uma série de vantagens para si dos governantes eleitos com seu dinheiro. Os próprios bicheiros revelaram que nas décadas de 1980 e 1990 investiam em média 2 milhões de dólares por eleição, rateados entre os 11 membros da cúpula. As contrapartidas poderiam ser desde o relaxamento da repressão ao jogo, até a doação de um terreno público de 47.000 m² no governo Moreira Franco (1987-1991) para a Liga Independente das Escolas de Samba, dirigida pelo bicheiro Capitão Guimarães; ou a nomeação de Sérgio Luis Felippe, dono de várias bancas do bicho e homem de confiança do presidente da cúpula, Castor de Andrade, como assessor de gabinete do prefeito Cesar Maia (1993-1997).[54]

A prova cabal dessa relação incestuosa entre o jogo do bicho e a política, especialmente no financiamento das campanhas eleitorais, foi a divulgação do conteúdo de uma fita de vídeo gravada em 2002 pelo bicheiro Carlinhos Cachoeira, na qual ele negocia o beneficiamento em uma concorrência pública com o até então presidente da Loterj (Loteria do Estado do Rio de Janeiro), Waldomiro Diniz.[55] Na gravação, Waldomiro pede à Cachoeira 100 mil reais para a campanha ao governo do Distrito Federal do candidato Geraldo Magela (PT); além de R$ 150 mil para as campanhas de Benedita da Silva (PT) e Rosinha Matheus (hoje no PR).

54. Ver as matérias da *Folha de S. Paulo:* "Lista mostra apoio do bicho a 4 partidos", publicada em 16 de abril de 1994. Disponível em: [bit.ly/2sEnzkM]; e *"Bicho investe US$ 2 mi em eleições"*. Disponível em: [bit.ly/2rqEjOD]. Acesso em: 26.04.2016.

55. A revelação se deu na matéria "O bicho na campanha", publicada pela *Revista Época*, de 16 de fevereiro de 2004. Disponível em: [glo.bo/2sEw5QM]. Acesso em: 22.04.2016.

O nome do bicheiro Carlinhos Cachoeira retornou aos noticiários em 2012 com a deflagração da Operação Monte Carlo, da Polícia Federal, que desarticulou a organização que explorava máquinas de caça-níqueis no Estado de Goiás.[56] Interrupções telefônicas escancararam a ligação do contraventor com o senador Demóstenes Torres (DEM), que intercedia em seu favor dentro do Senado. Em julho do mesmo ano, Demóstenes teve omandato parlamentar cassado por seus pares.

Esses exemplos são reveladores da relação simbiótica e nociva entre o jogo do bicho e a política, que percorre de um lado a outro o espectro ideológico-partidário. Os interesses de ambas as partes são contemplados pela manutenção da ilegalidade do jogo do bicho, e essa, por sua vez, se vê engessada e sem perspectiva de mudança enquanto for funcional àqueles que controlam o processo legislativo, tanto formalmente (os deputados e senadores eleitos), quanto materialmente (os bicheiros financiadores de campanha dos quais os primeiros são tributários).

4.3. O interesse patrimonial do Estado

A primeira loteria[57] brasileira surgiu em 1784, com o objetivo de arrecadar fundos para a construção da casa de Câmara e Cadeia de Vila Rica, em Minas Gerais. Outras loterias foram criadas com a mesma justificativa, como na construção do Teatro Municipal da Bahia e da Casa de Misericórdia de São Paulo. A primeira Lei de Loterias nacional foi promulgada pelo Imperador Dom Pedro II

56. Vale a leitura da reportagem da Folha de S. Paulo, *"Entenda o caso Cachoeira, que será alvo de CPI no Congresso",* de 13 de abril de 2012. Disponível em: [bit.ly/2st6YkE]. Acesso em: 22.04.2016.

57. "Loteria é a atividade humana que faz depender de sorteio e não de habilidade a possibilidade de obter bens, vantagem econômica ou financeira, mediante a apresentação de comprovante, pago ou gratuito, correspondente à participação no evento. Diz-se jogo de azar porque o resultado não depende do exercício de habilidades – diversamente do que ocorre com outros jogos: xadrez, futebol, esgrima, etc. No jogo de azar o apostador fica na exclusiva dependência do acaso. Em regra não se vence no jogo e ganhar é exceção. Daí advém a expressão que se tornou usual para identificar essa espécie de jogo". DUARTE, Davi. Loterias no Brasil: legalidade e ilegalidade. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife: TRF 5ª Região, n. 10, 2006. p. 189.

em 1844. Desde então, a regulamentação da matéria foi constantemente atualizada, até estabilizar-se com o Decreto 204, de 1967.[58]

Através da Caixa Econômica Federal, o Estado brasileiro hoje explora dez loterias. A distribuição dos recursos varia de uma loteria para a outra, mas os destinatários principais são os mesmos: a premiação dos vencedores; o repasse à União, que deve ser aplicado em *"empreendimentos do interesse público"*; e a comissão das casas lotéricas. São essas as loterias oficiais em seus pormenores:[59]

Loteria	Probabilidade de acerto (1 em)		Aposta mínima
	Maior prêmio	Menor prêmio	
Mega-Sena	50.063.860	2.332	R$ 3,50
Dupla-Sena	15.890.700	1.120	R$ 2,00
Federal	98.000	4,78	R$ 15,00
Instantânea	---	---	---
Loteca	2.391.485	85.415	R$ 2,00
Lotofácil	3.268.760	11	R$ 2,00
Lotogol	9.765.625	1.625	R$ 1,00
Lotomania	11.372.635	472	R$ 1,50
Quina	24.040.016	866	R$ 1,50
Timemania	26.472.637	80	R$ 2,00

Agora, vejamos como funciona a mecânica do jogo do bicho. A tabela do jogo apresenta 25 animais dispostos em ordem alfabética que representam os

58. Dispõe o decreto em seus primeiros artigos: "Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei. Parágrafo único. A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público. Art 2º A Loteria Federal, de circulação, em todo o território nacional, constitui um serviço da União, executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais". BRASIL. *Decreto n. 204, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sôbre a exploração de loterias e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: [bit.ly/2qQyzik]. Acesso em: 25.07.2016.

59. Os dados da tabela são disponibilizados pela Caixa Econômica Federal no site: [bit.ly/2rTJFTZ]. A página da Loteria Instantânea não dispõe dessas informações. Acesso em: 22.04.2016.

grupos.[60] Cada grupo é associado a quatro dezenas. Adicionando um número à esquerda de uma dezena, é formada a centena. Com dois algarismos adicionados, dá-se o milhar. Derivadas dessas combinações numéricas, o jogo do bicho oferece diversas modalidades ao apostador. Em nossa demonstração probabilística, será suficiente nos ater somente à modalidade de maior chance de ganho e menor prêmio (o *grupo*), e à de menor chance de acerto e maior premiação (o *milhar*).



Figura 6: *Tabela do jogo do bicho*.

Fonte: [bit.ly/1GKuLgE].

Acesso em: 25.07.2016.

60. Ver figura 6.

O jogo no grupo consiste na aposta direta em um dos 25 animais possíveis (que engloba todos os números derivados das dezenas contidas nesse grupo), ou seja, as chances de acerto são de 1 em 25, ou 4%. Em São Paulo, via de regra, a premiação é de 15 vezes o valor apostado.[61] O jogador assíduo que aposta diariamente, se as probabilidades se confirmarem, ganhará ao menos uma vez por mês. Premiar com considerável frequência, mesmo que em valores modestos, é o reforço positivo que o jogo do bicho desperta no imaginário de seus apostadores e os motiva a continuar apostando.

Já o milhar é a aposta em um número exato de quatro algarismos, por exemplo: o Galo representa as dezenas 49-50-51-52. As apostas nos milhares 0049-0050-0051-0052; 0149-0150-0151-0152; 3349-3350-3351-3352 etc. são atreladas ao grupo do Galo. Se cada grupo tem 4 dezenas, que derivam 40 centenas, então teremos 400 milhares por grupo. 400 milhares multiplicados por 25 grupos resultam um total de 10.000 possibilidades de aposta. Portanto, a chance de acerto no milhar é de uma em dez mil, ou 0,01%. Se sorteado no primeiro dos cinco números de cada sorteio, o jogo no milhar premia seus vencedores em quatro mil vezes o valor apostado.

Façamos uma comparação entre o jogo do bicho e a Mega-Sena, a mais popular das loterias oficiais: na modalidade de maior chance de acerto e menor premiação, o jogo do bicho probabilisticamente possibilita o ganho de 1 em 25, enquanto a Mega-Sena oferece 1 em 2.332, chance 93,28 vezes menor do que a da contravenção. Na modalidade de menor chance de acerto e maior premiação, o jogo do bicho oferece 1 em 10.000, enquanto a Mega-Sena dispõe 1 em 50.063.386, o que significa 5.006,3386 vezes menos chances de ganhar.

A diferença nas chances de premiação é gritante. As loterias federais, como exposto na tabela, são em sua maioria moldadas na tendência de *impossibilidade* de acerto. O jogo do bicho é matematicamente muito mais atrativo para o apostador, e por isso representa uma forte concorrência às loterias administradas pela Caixa Econômica Federal. Concorrência essa que é formalmente minada com a manutenção da ilegalidade do jogo do bicho. Cabe então o questionamento sobre qual é o *interesse público* nessa situação.

> o interesse público primário é um conceito substantivo, definido a partir das necessidades, das aspirações, dos valores, dos anseios, das tendências e das opções gerados e manifestados numa sociedade, enquanto o interesse

61. Os valores de premiação podem variar a depender da banca/cidade.

> público derivado ou secundário é um conceito adjetivo, definido ou inferido a partir das necessidades organizativas e funcionais do Estado.[62]

No caso do jogo do bicho, temos essa hierarquia subvertida: as necessidades, aspirações, valores, anseios, tendências e opções da coletividade ficam submissos ao interesse patrimonial do Estado. O interesse público secundário, que deveria ser apenas meio para se atingir os objetivos do interesse público primário, se torna um fim em si na conveniência arrecadatória da União,[63] e acaba se tornando parte corresponsável nas consequências trágicas da ilegalidade do jogo do bicho expostas no segundo capítulo.

5. Fundamentos dogmáticos, modelos e problemas da descriminalização

Dado que o Direito é, também, produto da cultura, esse não pode se desenvolver à margem das tradições e costumes da sociedade. Usualmente, no âmbito do direito penal, os costumes influem de maneira limitada a uma função *integrativa* junto aos enunciados genéricos e vinculados a questões de ordem moral, por exemplo, na conceituação de *mulher honesta* do revogado art. 219 do Código Penal, ou nas de *ato/objeto obsceno*, dos artigos 233 e 234 do mesmo diploma. Entretanto, Nilo Batista[64] lembra a possibilidade de uma função *derrogatória* exercida pelos costumes na esfera penal, vedando ao legislador a inovação e/ou o agravamento da intervenção penal sobre as práticas consuetudinárias da população, podendo também legitimar a despenalização de condutas costumeiras criminalizadas a despeito dessa sua qualidade.

Nesse sentido, Hans Welzel, figura maior do finalismo penal, formulou o princípio hermenêutico da *adequação social*, instrumento de interpretação de cunho restritivo, que freia o avanço da literalidade absoluta na inteligência dos tipos que podem comportar em sua redação as chamadas *condutas socialmente adequadas*. Para o autor, *"socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por*

62. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 613.

63. Em 2014 as loterias da Caixa tiveram arrecadação recorde, alcançando a marca dos 13,5 bilhões de reais. Dado disponível em: [bit.ly/2sEWNIY]. Acesso em: 15.01.2016.

64. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 71.

meio da história".[65] Deste modo, as condutas que, à primeira vista, aparentam estar conformes aos caracteres expressos no tipo penal, mas que se realizam mergulhadas em contexto sócio-cultural notavelmente permissivo, se veem desde o princípio excluídas da incidência típica.

Zaffaroni[66] trabalha com a ideia de *teorias* da adequação social, dada a polêmica que atravessa o princípio, especialmente no que se refere à sua natureza jurídica: se essa é de excludente de tipicidade ou de causa de justificação. Para o penalista argentino, idealmente, a adequação social deve ser valorada quando da formulação da lei (ideia que aqui defendemos para o caso do jogo do bicho), pelo risco do uso indiscriminado da interpretação pautada na adequação social incorrer numa invasão de competência do poder judiciário sobre o legislativo; e pela permutabilidade de tal princípio por outros instrumentos hermenêuticos tradicionais e, por consequência, juridicamente mais seguros. Exemplos são o juízo de tipicidade formal *vs.* tipicidade material, ou a aplicação do conceito de *risco permitido* em sede de imputação objetiva,[67] via de regra suficientes para suprir casuisticamente eventuais descompassos entre a norma e os valores majoritariamente compartilhados pela comunidade. Porém, atualmente, a discussão doutrinária já admite a possibilidade de tais juízos serem realizados de maneira não excludente, mas sim coexistente:

> Importante se torna frisar, uma vez mais, que o que se evidencia é que, sem dúvida, pode ser constatada uma sorte de situações que não se mostram arriscadas desde um ponto de vista jurídico, mas que, em face de determinadas construções típicas, acabam sendo socialmente adequadas. Por outro lado, há situações em que, claramente, se atua dentro de um risco permitido juridicamente, mesmo que isso não implique aceitação social. Em tais casos, inexiste qualquer ameaça ao bem jurídico protegido. O que ocorre é que pode ser encontrada uma zona cinzenta, de confluência entre ambas as ponderações – socialmente adequadas ou de risco permitido. Nestas é que há de se avaliar a escolha do intérprete. Em outras palavras, os conceitos não são complementares, mas coexistentes, cada qual em particular situação. Assim, ter-se-ia que a adequação social se reproduz como um

65. WELZEL, Hans. *Direito penal*. Campinas: Romana, 2003. p. 106.

66. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La adecuación social de la conducta. *Revista de Derecho Penal y Criminología*: Argentina, Buenos Aires, n. 1, jan.-mar. 1971. p. 71-79.

67. ROXIN, Claus. Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, 2001. p. 91-92.

> princípio de interpretação que permite limitar e precisar a imputação objetiva em face dos fatos.[68]

Aplicado o conceito ao nosso objeto de estudo, a *adequação social* do jogo do bicho se manifesta claramente na adesão massiva da população a sua prática, e mais, na franqueza com que essa mesma admite praticar uma contravenção penal. A lei que criminaliza o jogo do bicho definitivamente o faz em contrassenso aos costumes, às tradições, e à vontade popular.

Outro princípio interessante à nossa fundamentação, mas que não deve ser confundido com o da *adequação social* é o princípio da *insignificância*. A diferença entre esses se dá especialmente na incidência do desvalor em que cada qual se assenta: enquanto a adequação social está fundada no *desvalor da ação*, a insignificância é aferida de acordo com o *desvalor do resultado*.[69] No caso do jogo do bicho, o desvalor tanto da ação quanto do resultado da realização da loteria revela a absoluta desproporcionalidade entre a conduta praticada e a consequente resposta estatal, em flagrante desprezo pelo princípio da *intervenção mínima*.

O princípio penal da intervenção mínima parte do consenso doutrinário de que, em um Estado Democrático de Direito, a penalização de uma conduta deve se dar para proteger somente os bens-jurídicos mais caros à sociedade, selecionados a partir de uma visão fragmentária do ordenamento, restando legítimo seu emprego somente na composição dos conflitos e situações-problemas de maior intensidade. Nas palavras de Alberto Silva Franco, *"o controle social penal tem caráter puramente instrumental e só encontra legitimação na proteção exclusiva de bens jurídicos do indivíduo e da coletividade, enfim, dos bens imprescindíveis para a manutenção e a sobrevivência do convívio social"*.[70]

Assim, o Estado não deve procurar compor os conflitos sociais recorrendo ao direito penal como primeira opção, mas sim como *ultima ratio*, relegando a esse um papel subsidiário, dispondo de sua intervenção mais grave somente quando essa se provar insubstituível por outras de menor custo social e maior

68. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Adequação social e Direito Penal. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio (Coord.). *Direito penal contemporâneo:* questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

69. REIS, André Wagner Melgaço, O princípio da adequação social no direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 7, n. 27, out.-dez. 2007. p. 223.

70. FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Justiça e democracia*, São Paulo, n. 1, 1996. p. 169.

eficácia.[71] Nesse sentido, o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, sintetizou bem tais fundamentos principiológicos em julgado paradigmático:

> O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal — tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.[72]

Ainda, se em algum momento a preocupação do legislador na criminalização do jogo do bicho foi com o vício que causa a aposta desenfreada, em termos técnicos, com o *jogo patológico*, relacionado entre os transtornos de hábitos e impulsos pela Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), então, por respeito à fragmentariedade e à subsidiariedade que estruturam o sistema, o problema deve ser tratado com políticas de saúde pública, e não com repressão penal. Essa interferência de competências jamais demonstrou ser minimamente eficaz e, por isso, não se justifica.

Prova de que os possíveis danos ao bem-jurídico da *saúde pública* não foram pauta principal desse processo de criminalização, é o fato do jogo do bicho estar inserido no capítulo da Lei das Contravenções Penais que trata das *"contravenções relativas à polícia de costumes"*. O caráter moralista da criminalização se revela de pronto no enunciado da legislação. O ponto problemático é que, para *"policiar costumes"*, o legislador parte da ideia de que a sociedade possui uma moral unanimemente compartilhada pelos cidadãos. Conceber isso é negar toda e qualquer autonomia da consciência individual humana.

---

71. BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina Penal: Teoría y prática en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 10, 37/40, 1987. p. 632.

72. BRASIL. *Habeas Corpus nº S2.463/RS*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

Como exposto no terceiro capítulo, a moral tutelada pela legislação é, via de regra, somente a daqueles que dominam o processo legislativo, o que no caso brasileiro representa os valores e interesses da elite. Então, a partir de uma visão garantista, o exercício da moral, desde que não interfira em direito alheio, jamais deve ser assunto de Estado, como explica Luigi Ferrajoli:

> O princípio axiológico da "separação entre direito e moral", na primeira das três acepções do parágrafo 15.3, veta, por sua vez, a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de animo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos. E impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros. De fato, a confusão entre direito e moral não favorece o primeiro – do qual solicita a invasão totalitária, a prevaricação inquisitória e a arbitrariedade decisionista – e, tampouco, auxilia a segunda, que é tanto mais autêntica – segundo proclamam Pufendorf, Thomasius, Feuerbach, Bentham e Humboldt – quanto menos fica confiada a medidas coercitivas e mais constitui-se em expressão de opções autônomas e incondicionadas.[73]

Principiologicamente, fica clara a descartabilidade da criminalização do jogo do bicho. Socialmente adequado e de ofensividade insignificante, o jogo do bicho, mera loteria que na essência não se difere em nada daquelas outras legalizadas e exploradas pelo Estado, não deve ser alvo da megalomania penal que tudo pretende tutelar, fundada no moralismo dos parlamentares condutores do processo legislativo que formaliza a criminalização. A banalização do uso do direito penal tem efeito meramente simbólico, levando ao descrédito do instrumento e desvinculando-o de seus pretensos fins expressos de pacificação social.

Dado isso, devemos refletir sobre as opções de descriminalização dessa conduta. Aqui serão focados os dois principais modelos, que são os mais recorrentes nas propostas legislativas que tratam da matéria: a concessão e a oficialização.

Na regulamentação do jogo do bicho em modelo de *concessão*, o Estado se faz o titular da exploração da loteria, porém concede por um determinado período de tempo esse direito a entes privados selecionados em certame público. Resta ao Estado, então, o papel de beneficiário direto da tributação recolhida pela atividade da loteria, e de fiscal das obrigações contratuais, tributárias,

73. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 372.

trabalhistas, sanitárias etc., cujo cumprimento compete a qualquer empresa inserida no mercado lícito.

A mais recente proposta de descriminalização dos jogos de azar, o Projeto de Lei Suplementar 186 de 2014,[74] aponta nesse sentido. O ponto problemático de tal proposta é a possível – e provável – transposição dos velhos bicheiros (que como já exposto nesse trabalho, possuem relações mais do que estreitas com a classe política que conduzirá esse processo) no papel de novos empreendedores da loteria popular, travestidos em idôneas pessoas jurídicas e abençoados pelo Estado, a despeito de suas longas e graves fichas criminais. A exigência de certidões negativas de cartórios de distribuição civil e criminal das justiças federal e estadual não deverá ser um grande empecilho, já que formalmente a exploração poderá se dar por um intermediário *"ficha-limpa"*, popularmente conhecido como *"laranja"*, mas materialmente acontecerá sob o controle dos mesmos bicheiros de sempre.

Ainda, se concretizado esse cenário, é difícil acreditar que os bicheiros, acomodados numa ilegalidade consolidada há décadas como zona de conforto, aceitariam de bom grado passar a recolher impostos, pagar direitos trabalhistas e se submeter à fiscalização e ao efetivo controle estatal. Contar com a boa-fé de tais indivíduos na reestruturação do jogo do bicho parece ser inocência demasiada.

Um modelo de descriminalização alternativo é o da *oficialização*. O Estado perpetua o seu vigente monopólio de exploração de loterias, apenas expandindo sua atividade àquelas outras que em absoluta incoerência são mantidas na ilegalidade. A estrutura operacional utilizada pela Caixa Econômica Federal para a exploração das loterias legalizadas poderá ser aproveitada na criação de uma nova modalidade idêntica ao jogo do bicho. Nesse sentido sugere o Projeto de Lei nº 867, de 1975, que propõe a instituição da Loteria Zoológica Federal, a *Zooteca*. Justifica-se assim o lúcido projeto:

> Ninguém há que pretenda simplesmente legalizar o jogo, como instrumento do vício, porém quando não se tem condições de evitá-lo, já que o praticam veladamente, as escondidas, até com a conivência de certas autoridades, sem se poder exterminar com os que o exploram ilicitamente, seria, então, mais conveniente legalizá-lo e destinar a sua renda a fins altamente meritórios, como se pretende com a presente lei instituindo a Loteria Zoológica Federal

74. Disponível em: [bit.ly/2rqoIyq]. Acesso em: 05.05.2016.

> ZOOTECA – cuja renda liquida seria, obrigatoriamente, destinada a programas especiais de assistência ao menor abandonado e ao menor delinqüente.[75]

Um possível problema do modelo é a não inibição efetiva do jogo do bicho ilegal, podendo esse continuar a ser realizado em paralelo ao jogo oficial. Para contornar isso, a nova loteria deverá entrar na disputa de maneira igualitária ou ainda mais vantajosa à tradicional contravenção em termos de premiação, oferta hiper-pulverizada de pontos de aposta, rapidez e certeza no pagamento dos prêmios. A desconstrução de um costume tão arraigado na cultura popular só pode ser bem sucedida se oferecer maiores vantagens ao apostador do que aquelas tradicionalmente estabelecidas pelos bicheiros contraventores, que cativam a população há décadas. Caso contrário, a demanda pelo jogo ilegal permanecerá ativa, e a tentativa de extinção da rede criminosa organizada que se consolidou em torno do jogo do bicho pelo sequestro de sua atividade e cooptação de sua clientela provavelmente será frustrada.

6. Considerações finais

Vimos que o *jogo do bicho* se consolidou como uma das tradições populares mais marcantes da cultura brasileira. Com mais de um século de vida, já foi celebrado por nossos artistas nas mais diversas formas e continua sendo praticado pelo povo até os dias de hoje sem dar sinais de esmorecimento, a despeito da toda a rotulação e repressão penal que acompanham sua trajetória desde o início.

Sua criminalização parte de uma incoerência não casual do legislador: proíbe-se o jogo das camadas populares, enquanto a elite pode sem empecilho algum apostar nas suas corridas de cavalos. Simultaneamente, o Estado arrecada bilhões com a exploração de mais de uma dezena de loterias. O produto dessa seletividade do sistema punitivo que só atinge os patamares mais baixos da estratificação social é desastroso: o crime organizado coopta a demanda que o tipo penal pretensiosamente intentou extinguir, e estabelece um poder paralelo que mantém diálogos permanentes com o poder oficial ao custo de muita corrupção e derramamento de sangue.

A funcionalidade que apresenta esse processo seletivo de aplicação dos rótulos criminais e sua posterior ratificação pelas diversas instâncias do sistema

75. BRASIL. *Projeto de Lei n. 867, de 1975*. Institui a Loteria Zoológica Federal ZOOTECA – e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 1975. Disponível em: [http://bit.ly/2sEOgWu]. Acesso em: 25.07.2016.

de justiça criminal, que no âmbito da persecução, repressão e aplicação da lei percebem efetivamente somente uma parcela das condutas tipificadas nos códigos (especialmente aquelas cuja prática está inserida nos estratos mais baixos da pirâmide socioeconômica), trata-se de uma estratégia de *gestão diferencial das ilegalidades*, interessante às elites ocupantes do poder e controladoras desse processo; que negligenciam propositalmente os seus próprios desvios e concentram sua atuação repressiva no cotidiano das classes populares, fechando um ciclo perfeito de gestão ao cooptar essas ilegalidades percebidas seletivamente e direcioná-las ao cumprimento de seus interesses:

> O meio delinquente era cúmplice de um puritanismo interessado: um agente fiscal ilícito sobre práticas ilegais. O tráfico de armas, de álcool nos países em que vigorava a lei seca ou, mais recentemente, de droga mostrariam da mesma forma este funcionamento da *delinquência útil*: a existência de uma proibição legal criou em seu torno um campo de práticas ilegais, sobre o qual se pode exercer controlo e retirar um lucro ilícito por intermédio de elementos também ilegais, mas tornados manipuláveis pela sua organização em delinquência. Esta é um instrumento para gerir e explorar as ilegalidades.[76]

Dado isso, consideramos a urgente descriminalização do jogo do bicho como único caminho com potencial para reverter as várias consequências problemáticas geradas por essa intervenção penal moralista e desarrazoada, portadora de um fator criminógeno evidente, e que conseguiu realizar a tragédia de transformar uma simples loteria em uma rede criminosa organizada, envolvida em uma série de crimes muito mais graves que a própria contravenção, que vai desde a corrupção policial, até as violentas disputas territoriais que pintaram um cenário de guerra em algumas das principais cidades do país.

Antes de se efetivar a descriminalização, o debate legislativo deve ser aberto e aprofundado com a participação dos mais variados setores interessados e envolvidos na questão: a Academia, os apostadores, a polícia, e até mesmo os atuais funcionários do jogo do bicho, previamente excluídos do mercado de trabalho formal e que provavelmente serão os primeiros e mais impactados pela mudança.

Diante do exposto ao longo do trabalho, especialmente na última seção, o modelo de descriminalização que nos parece mais promissor é a *oficialização*. Um maior controle estatal sobre a exploração da loteria pode assegurar melhor

76. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 322-323.

a exclusão dos velhos banqueiros da atividade, e permitir que os dividendos gerados possam ser aplicados em maior escala em investimentos de interesse público, por não ter que se preocupar com o lucro de organizações privadas. O apoio da população é tácito e a estrutura operacional já está pronta, falta apenas a vontade política para corrigir essa hipocrisia histórica do direito penal brasileiro. Afinal de contas, já disseram Roberto DaMatta e Elena Soárez: "*como condenar o desejo de ganhar dinheiro fácil, mesmo a custo de ser trivial e moralmente enganado, se todo o sistema se funda exatamente nessa premisssa?*".[77]

7. Referências bibliográficas

ABREU, Maurício de Almeida. *Evolução urbana do Rio de Janeiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Iplanrio, 1997.

ABREU, Waldyr de. *O submundo do jogo de azar, prostituição e vadiagem:* aspectos jurídicos, sociais e psicológicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina Penal: Teoría y prática en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 10, 37/40, p. 623-650, 1987.

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

BECKER, Howard S. *Outsiders:* estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOSI, Alfredo. Cultura brasileira e culturas brasileiras. *Dialética da colonização*, São Paulo, Companhia das Letras, v. 3, p. 308-345, 1992.

BRASIL. *Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal de 1890. Rio de Janeiro: Senado, 1890. Disponível em: [bit.ly/2rqOBOL]. Acesso em: 25.07.2016.

BRASIL. *Decreto n. 21.143, de 10 de março de 1932*. Regula a extração de loterias. Rio de Janeiro: Câmara, 1932. Disponível em: [bit.ly/2qV8rhL]. Acesso em: 25.07.2016.

BRASIL. *Decreto n. 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: [bit.ly/KVDzc9]. Acesso em: 25.07.2016.

77. DA MATTA, Roberto; SOAREZ, Elena. *Águias, burros e borboletas:* um estudo antropológico do jogo do bicho. Rio de Janeiro: Rocco, 1999. p. 26.

BRASIL. *Decreto n. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944*. Dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1944. Disponível em: [bit.ly/2qV1EUX]. Acesso em: 25.07.2016.

BRASIL. *Decreto n. 204, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sôbre a exploração de loterias e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: [bit.ly/2qQyzik]. Acesso em: 25.07.2016.

BRASILBRASIL. *Projeto de Lei n. 867, de 1975*. Institui a Loteria Zoológica Federal ZOOTECA – e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 1975. Disponível em: [bit.ly/2sEOgWu]. Acesso em: 25.07.2016.

BRASIL. *Habeas Corpus nº S2.463/RS*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

CASCUDO, Luís da Câmara. *Dicionário do Folclore Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: MEC, 1962.

CHINELLI, Filipina; SILVA, Luiz Antônio Machado da. O vazio da ordem: relações políticas e organizacionais entre as escolas de samba e o jogo do bicho. *Revista do Rio de Janeiro*, n. 12, p. 207-228, 2004.

DA MATTA, Roberto; SOAREZ, Elena. *Águias, burros e borboletas:* um estudo antropológico do jogo do bicho. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DUARTE, Davi. Loterias no Brasil: legalidade e ilegalidade. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife: TRF 5ª Região, n. 10, p. 189-211, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Justiça e democracia*, São Paulo, n. 1, p. 167-175, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Lisboa: Edições 70, 2013.

FREYRE, Gylberto. *Casa-grande & Senzala:* formação da família brasileira sob o regime patriarcal. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

FREYRE, Gylberto. *Ordem e progresso:* processo de desintegração das sociedades patriarcal e semipatriarcal no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1974. 2. v. Edição ilustrada.

GOMES, Ângela de Castro. Ideologia e trabalho no Estado Novo. *Repensando o Estado Novo*. Rio de Janeiro, FGV, p. 53-72, 1999.

MAGALHÃES, Felipe. *Ganhou, leva!:* o jogo do bicho no Rio de Janeiro (1890-1960). Rio de Janeiro: FGV, 2011.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MOOG, Viana. *Bandeirantes e pioneiros:* paralelo entre duas culturas. 4. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1957.

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

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. Escolas de samba do Rio de Janeiro ou a domesticação da massa urbana. *Cadernos CERU*, v. 1, p. 7-35, 1985.

REIS, André Wagner Melgaço. O princípio da adequação social no direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 7, n. 27, p. 217-223, out.-dez. 2007.

ROXIN, Claus. Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 81-94, 2001.

SHIMIZU, Bruno. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas*. São Paulo: IBCCrim, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Adequação social e Direito Penal. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio (Coord.). *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Simone Simões Ferreira. *O jogo do bicho:* a saga de um fato social brasileiro. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Campinas: Romana, 2003.

WILLEMS, Emílio. *Dicionário de Sociologia*. Rio de Janeiro: Globo, 1950.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45-67, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La adecuación social de la conducta. *Revista de Derecho Penal y Criminología*: Argentina, Buenos Aires, n. 1, p. 71-79, jan.-mar. 1971

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A história do surgimento do jogo do bicho no Brasil e de seu regramento legal, de Antonio Raimundo Pereira Neto – *RDT* 142/31-48 (DTR\2011\1730); e
- Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal, de Celso Eduardo Faria Coracini – *RBCCrim* 50/237-279 (DTR\2004\533).

El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo, de Eugenio Raúl Zaffaroni

Bruna Portella de Novaes

Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões. Advogada Monitora do Patronato de Presos e Egressos da Bahia (PPE-BA).
brunaportella@gmail.com

Daniel Fonseca Fernandes da Silva

Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Bacharel em Direito pela UFBA. Membro do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões. Membro do Programa Direito e Relações Raciais (PDRR/UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa Processo Penal e Democracia (UFBA), coordenado pelo Prof. Dr. Elmir Duclerc. Membro do Grupo de Pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo (UFBA), coordenado pela Profª. Drª. Alessandra Prado. Professor de Processo Penal e Criminologia da Faculdade Batista Brasileira (FBB).
danielfonsecafernandes@outlook.com

Dados bibliográficos: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2015.

A influência de Zaffaroni na produção de conhecimento sobre a questão criminal decorre em grande medida da força de seus escritos sobre dogmática penal, consolidados no *Derecho Penal* (2000), publicado em coautoria com Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, que vem sendo traduzido e adaptado no Brasil por Nilo Batista, em *Direito Penal Brasileiro* (2003). No pensamento criminológico, as obras de Zaffaroni do final dos anos 1980 apresentam conteúdo crítico e marcam a produção acadêmica da criminologia brasileira. *En busca de las penas perdidas* (1989) e *Criminología, aproximación desde un margen* (1988) trouxeram uma concepção radical sobre o poder punitivo e afirmavam a necessidade de produzir um saber deslegitimante no interior do discurso jurídico, como forma de contenção daquele poder. Construindo um realismo marginal latino-americano, o autor fornecia bases para uma disputa crítica do direito penal.

Novaes, Bruna Portella de; Silva, Daniel Fonseca Fernandes da. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo, de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 463-469. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

Analisar seu livro mais recente publicado na Argentina — *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo* —, deve, portanto, levar em consideração esta trajetória consistente. Esta obra, em específico, faz parte de uma série de três pequenos ensaios transformados em livros e editados pela Editora Madres de Plaza de Mayo, inaugurado com *Crimenes de Masa* (2010) e *La Pachamama y el humano* (2011). Em relação a estas obras mais recentes, é possível identificar alguns grandes temas transversais, como a preocupação com o progresso humano e a mãe natureza, destacados na obra aqui analisada e em *La Pachamama*.

Zaffaroni é um autor coeso, e não é difícil enxergar as continuidades em sua obra; uma das maiores constâncias deve ser sua referência explícita ao colonialismo como chave de leitura do direito. Aqui buscaremos explorar as permanências, mas também o não dito, que permite entrever pequenas rupturas e transformações em relação a seus escritos anteriores.

El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo é escrito em formato ensaístico, uma marca recorrente do autor. Por ser um texto relativamente curto e estar organizado em pequenos tópicos numerados e sem sumário, a impressão é que a leitura deve ser sucessiva e sem cortes. No entanto, para facilitar a análise e a discussão sobre o texto, propomos uma divisão em três partes: 1) a América Latina e o colonialismo; 2) a fase superior do colonialismo; e 3) por um direito anticolonialista.

Num primeiro momento, o autor apresenta seus pontos de partida, buscando delimitar conceitos como direito, colonialismo e América Latina. O esforço em distinguir direito de lei, poder estatal e saber jurídico é uma questão metodológica sempre presente: consiste num lembrete da necessidade de formular perguntas acuradas, uma vez que as dimensões que compõem o conjunto do "jurídico" têm naturezas das mais diversas. Fixados os conceitos centrais, Zaffaroni declara o objetivo do texto apresentado: a descrição desse conjunto (o direito) na América Latina, e a proposição de um caminho para a superação do presente.

A respeito de certa unidade latino-americana, o autor entende que a própria existência da América Latina é um confronto com o colonialismo: a negação de nossa existência pelo empreendimento colonial é o que nos aproxima. O colonialismo é, então, um "*fenómeno de poder planetario*" (ZAFFARONI, 2015, p. 25). Semelhante à forma como opera o racismo, implica em um processo de negação de subjetividade, tendo como resultado não apenas a morte física, mas também o genocídio do conhecimento e identidade do povo latino americano. Para o autor, é resistindo constantemente ao colonialismo e suas práticas, em

meio às tensões internas entre variadas origens e visões de mundo, que se constitui um "*ser humano latino-americano*" (ZAFFARONI, 2015, p. 31).

Fixados de forma didática os conceitos-chave, a segunda parte do livro é dedicada à "fase superior do colonialismo". Para chegar ao contemporâneo, o autor narra a permanência histórica do colonialismo a partir da demonstração da persistente interferência desse poder nos rumos políticos e sociais da América Latina. Zaffaroni defende ser adequado "*llamar a las cosas por su nombre*" (2015, p. 33); afirma que a globalização, com sua revolução tecnológica, é apenas uma atualização da dominação colonialista. Segundo ele, apenas vivemos numa fase superior do mesmo colonialismo a que fomos submetidos séculos atrás.

Os contornos desta fase superior do colonialismo se aproximam de outras tantas análises do contemporâneo, com ênfase no avanço neoliberal. O centro da análise do autor está no que ele chamará de polarização na fase superior, expresso na oposição entre modelo includente e modelo excludente[1]. Além de servirem como espécie de síntese, os conceitos de exclusão e inclusão – conectados, respectivamente, às ideias de colonialismo e resistência ao colonialismo – são manejados de forma a criar uma linguagem no campo jurídico-filosófico. Assim, Zaffaroni (2015, p. 51) defende que "*el colonialismo se opone al derecho humano al desarrollo, en tanto que la resistência al colonialismo impulsiona su realización*".

Em síntese: o sistema político e econômico, que o autor classifica de "fase superior do colonialismo", se articula através das bases do neoliberalismo, do suporte midiático e do avanço punitivo, consubstanciando um modelo de exclusão, impeditivo do desenvolvimento humano pleno. Nessas linhas, o autor já torna explícito seu esforço para exprimir na linguagem do direito as contradições socioeconômicas do colonialismo, tomando como referência o "direito humano ao desenvolvimento". Aqui se percebe um diálogo explícito com a noção de direito humano – posteriormente, contudo, Zaffaroni se dedicará a criticar de forma contundente e dar novo significado a esta mesma noção, definindo os termos nos quais pensa os direitos humanos dentro do seu projeto de direito anticolonialista.

Nas próximas páginas, Zaffaroni introduz um conceito de presença constante em sua obra: o genocídio, caracterizado aqui como "*genocidio por goteo*". Considerando a análise mais ampla sobre o direito ao desenvolvimento e um

1. Aqui é interessante observar as intersecções com o pensamento de Jock Young em *A sociedade excludente*, publicado no Brasil pela Editora Revan.

modelo de inclusão, Zaffaroni afirma que o genocídio é a manifestação extrema do conjunto de privações que o colonialismo produz, destacando, dentre outros fatores, o desrespeito ao meio ambiente, a violência letal e a conflitividade da concentração urbana.

O controle estatal contemporâneo é, para o autor, característico da fase avançada do colonialismo. Zaffaroni faz questão de salientar, como tem feito desde o final dos anos 1980, os "danos reais" em "vítimas de carne e osso". Pode-se depreender desta afirmativa uma proposta para complexificar o debate sobre os efeitos do sistema penal, sem minimizar sua letalidade violenta, a partir de uma leitura realista.

Na terceira parte do texto, o autor vai traçar as linhas gerais para construção de um direito anticolonialista para a América Latina, com a finalidade de enfrentamento do colonialismo e suas posições letais. Zaffaroni, buscando evitar que os fundamentos decorram de elementos supralegais, afirma que o dever ser constitucional e os direitos humanos se apresentariam como fonte deste imperativo.

No intuito de realizar uma apropriação crítica destes instrumentos, Zaffaroni contraria a ideia de que os tratados de direitos humanos tenham sido produzidos como "concessões graciosas" ou produto de uma racionalidade crescente. Para ele, estes documentos têm origem no medo e no espanto, em razão dos homicídios massivos cometidos nos "territórios hegemônicos", referindo-se notadamente aos crimes praticados ao longo na Segunda Guerra Mundial.

Neste contexto, o autor critica a forma como o genocídio foi concebido pelos países hegemônicos, de maneira relutante e mesquinha, com recorte específico para que não abarcasse o genocídio produzido por estes mesmos países. Coloca-se em questão o potencial de alcance deste conceito, que ignora o genocídio a conta gotas produzido pelo colonialismo e sua submissão ao poder hegemônico. Trata-se, mais uma vez, da negação colonial à existência subalterna: ignoram-se as vidas, assim como se ignoram as mortes "a conta-gotas".

No entanto, o autor afirma que quem subestima estes documentos de direitos humanos acabaria caindo em uma "armadilha ideológica". Zaffaroni reconhece nas declarações de direitos humanos e constituições, programas que apontam para um "dever chegar a ser". Dialogando com Marx – à sua maneira –, o autor aponta a necessidade de se atualizar a interpretação do direito enquanto mero instrumento de dominação das classes hegemônicas. O autor critica determinada concepção que só enxergaria a violência como meio de disputa exterior ao direito pelas classes oprimidas. Aqui, Zaffaroni afirma que a disputa por meio da violência – por fora do direito, portanto – traz como

consequência um maior número de mortes entre os próprios oprimidos. O uso histórico do direito como instrumento a favor da opressão, em especial na América Latina, não é uma "fatalidade do direito".

O autor aponta a existência de uma contradição com o "cavalo de Tróia dos Direitos Humanos": de um lado, o poder financeiro pretende reduzir o direito a mero instrumento de sua hegemonia; de outro, os tratados e constituições podem ser utilizados – e são – pelos povos e por dissidentes para fazer do direito "um instrumento dos excluídos". Esta possibilidade se apresenta como "*verdadeira e innegable* contradicción en el sistema" (ZAFFARONI, 2015, p. 82, grifos no original).

Talvez seja este o ponto central do texto, em que o autor explicita sua concepção sobre o direito, suas funções e possibilidades. Aqui, é possível também perceber uma mudança parcial de perspectiva a partir das abordagens realizadas em trabalhos fundamentais na obra do autor[2]. Parece haver um deslocamento em que o direito, antes visto como mecanismo redutor de danos, a partir de uma perspectiva deslegitimante, passa a ser tratado como via única de disputa para os oprimidos, sem o que restaria a via única da violência, que lhes seria mais prejudicial.

O autor destaca uma peculiaridade interessante do continente latino-americano em relação às etapas descritas pelos teóricos dos direitos humanos. Os direitos de primeira (individuais), segunda (sociais e políticos) e terceira geração (desenvolvimento humano progressivo) não se apresentariam historicamente nesta sequência, uma vez que a luta pela independência é condição do desenvolvimento humano, sendo, portanto, o primeiro movimento de conquista de direitos humanos do continente.

Propondo uma inversão da forma tradicional de trabalhar os direitos humanos, o autor busca adaptar este discurso à realidade histórica latino-americana. Analogamente à sua ideia de apropriação do direito como instrumento de proteção dos direitos dos oprimidos, Zaffaroni propõe uma apropriação da linguagem do colonizador para criar o discurso de independência.

Para o autor, o saber destinado a ser aplicado pelo Estado tem conteúdo necessariamente político, o que "*hace de cada teoria jurídica um verdadeiro* proyecto político" (ZAFFARONI, 2015, p. 88, grifos no original), apesar de ser comum se defender certa "assepsia política" do saber jurídico. Esta assepsia,

2. Especificamente, podemos nos referir a "Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal" – publicado no Brasil pela Editora Revan – (2001), e "Criminología, aproximación desde un margen" (1988), sem tradução brasileira.

para o autor, contraria a principal tarefa do jurista, que seria de fazer o povo ter confiança no direito. A prática histórica, pondera Zaffaroni, justifica esta desconfiança, uma vez que para nossos povos, em quase toda a história, o direito tem sido argumento legitimante de sua exploração.

Aqui, o autor defende que o saber jurídico deve partir de uma teoria do conhecimento realista, pois as teorias normativas tendem a fechar-se em dados jurídicos puros, sem relação com o real, havendo o risco de se alienar quando à "*realidad constitucional*" (ZAFFARONI, 2015, p. 94). Ainda com relação ao saber jurídico, o autor afirma que o colonialismo castra o direito do saber de outras áreas, pretendendo transformá-lo em mero operador técnico, promovendo um "embrutecimiento social y cultural *del jurista*" (ZAFFARONI, 2015, p. 97, grifos no original). Mesmo os saberes progressistas, afirma Zaffaroni, devem ser entendidos de maneira crítica, sob pena de se identificar problemas alheios a nossas sociedades. Nas entrelinhas, o autor recupera a ideia da necessidade de recriar um modelo integrado de saberes criminais, sob perspectiva crítica.

O autor retoma a noção de necessidade de contenção jurídica do poder punitivo, enquanto condição de existência de todos os direitos. Se eliminadas as barreiras jurídicas, abre-se caminho irrestrito para o genocídio. A lei penal seria um apêndice da Constituição que marca o limite o poder punitivo. O enfraquecimento das garantias implicaria na expansão desse poder e debilitação dos espaços de autonomia dos cidadãos.

Zaffaroni resume o pensamento desta sua última obra descrevendo o colonialismo como um processo, e não como conspiração. O direito representaria um instrumento de luta, devendo formar juristas populares e contrários ao genocídio, fazendo construir a confiança no próprio direito. Fora do jurídico, para o autor, a violência apresenta-se como única possibilidade, que seria sempre favorável às estruturas do colonialismo e jamais aos oprimidos. Deste modo, o direito adquire a posição de instrumento a ser disputado para a realização do enfrentamento à violência colonialista do sistema penal. Por esta perspectiva, a confiança no próprio direito se apresenta na medida em que o fosso entre as realidades constitucional e social diminui.

É possível sintetizar o ensaio de Zaffaroni como uma apresentação ampliada do seu projeto de pensar o direito tomando como referencial o empreendimento colonial genocida. Em *El derecho latinoamericano*, está presente não só a preocupação com conter o poder punitivo, mas também as outras formas de genocídio produzidas sobre os povos da América Latina, como o desrespeito a outras formas de conviver com a terra e o multiculturalismo. Zaffaroni se mantém, assim, no equilíbrio entre os grandes esquemas explicativos da realidade — seja o colonialismo ou a luta de classes — e a complexificação desses

mesmos esquemas, que não se resumem num único fator provocador das mortes latino-americanas[3].

A prosa didática do autor e sua capacidade de articular os níveis particulares com os gerais são marcantes. Além disso, não se pode acusar Zaffaroni de não manter-se em movimento. Embora veicule uma constante denúncia do colonialismo, sua obra tem pontos de aproximação e distanciamento com a aposta no direito enquanto instrumento válido para as lutas sociais. *El derecho latinoamericano* certamente consubstancia uma posição mais próxima ao uso dos direitos humanos, embora alerta aos seus perigos. Em tempos de retrocessos intensos, é preciso estar atento às possibilidades de resistências: aqui estão as pistas mais recentes que nos fornece Zaffaroni.

3. Merece nota a obra de Ana Flauzina, que tematiza o genocídio do povo negro no Brasil como um projeto de Estado, no qual o poder punitivo tem papel determinante, se aproximando, de algumas formas, ao proposto por Zaffaroni quando menciona o "*genocidio por goteo*" do povo latino-americano, que é provocado em diversas frentes. Ver: FLAUZINA, A. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do Estado. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.