Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 25 • vol. 132 • jun. / 2017

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 25 • vol. 132 • jun. / 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 – Ana Carolina Carlos de Oliveira, Bruno Salles Pereira Ribeiro, 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 María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha) – Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha) – David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália) – Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina) – Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR) – Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha) – Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha) – Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR) – Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal) – Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal) – Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Adriana Borghi (UMC – Mogi das Cruzes/SP) – Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/SC) – Alexei Choi Caruncho (FEMPAR – Curitiba/PR) – Alvino Augusto de Sá (USP – São Paulo/SP) – Américo Bedê Freire Júnior (Faculdades de Vitória – Vitória/ES) – Ana Cristina Gomes (USAL – Salamanca/ESP) – Andrei Zenkner Schmidt (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Antonio E. Ramies Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Carolina de Freitas Paladino (PUCRS – Porto Alegre/PR) – Diego Alan Schöfer Albrecht (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Diogo Malan (UERJ e UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Fábio Gomes de França (PMPB – João Pessoa/PB) – Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Felipe da Veiga Dias (Faculdade Meridional – Passo Fundo/RS) – Filipe Henrique Vergniano Magliarelli (USP – São Paulo/SP) – Gabriel Antinolfi Divan (UPF – Passo Fundo/RS) – Gustavo de Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB) – Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Ísis de Jesus Garcia (UFSC – Curitiba/SC) – Israel Domingos Jorio (FDV – Vitória/ES) – João Daniel Rassi (USP – São Paulo/SP) – José Danilo Tavares Lobato (UFRRJ – ICHS – Seropédica/RJ) – Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR) – Leonardo Henriques da Silva (FMU – São Paulo/SP) – Luís Carlos Honório de Valois Coelho (TJAM – Manaus/AM) – Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide – ESP) – Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT) – Matheus Felipe de Castro (Universidade do Oeste de Santa Catarina – Chapecó/SC) – Milena Tarzia Barbosa da Silva (OAPEC – Santa Cruz do Rio Pardo/SP) – Paulo César Busato (UFPR – Curitiba/PR) – Priscilla Placha Sá (PUCPR – Curitiba/PR) – Rafhael Lima Ribeiro (PUCMG – Belo Horizonte/MG) – Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues (Instituto Jurídico Portucalense – PT) – Ricardo Cícero de Carvalho Rodrigues (ESTÁCIO – Recife/PE) – Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Roberto Augusto de Carvalho Campos (USP – São Paulo/SP) – Salah Khaled Jr. (FURG – Rio Grande/RS) – Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA) – Susana Maria Aires de Sousa (Universidade de Coimbra – PT) – Tarsis Barreto (UFTO – Palmas/TO) – Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP) – Tiago Joffily (MPRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Tomás Grings Machado (Unisinos – Porto Alegre/RS)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Almir Valente Felitte (FDRP – Ribeirão Preto/SP) – Ana Luisa Zago de Moraes (ESDPU – Porto Alegre/RS) – Bruno Seligman de Menezes (FADISMA – Santa Maria/RS) – Daniela Anacleto Maciel (PUCGO – Goiânia/GO) – David Leal da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Fausto Santos de Morais (IMED – Passo Fundo/RS) – Felipe Lazzari da Silveira (UniRITTER – Porto Alegre/RS) – Fernando Gabriel Ghiggi (IMED – Passo Fundo/RS) – Jéssica Ferracioli (FICS – São Paulo/SP) – José Francisco Dias da Costa Lyra (IESA – Santo Ângelo/RS) – José L. González Cussac (Universidade de Valência – ESP) – Juliana Alves dos Santos (PUCGO – Goiânia/GO) – Leo Maciel Junqueira Ribeiro (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua (USP – Ribeirão Preto/SP) – Márcio Rogério de Oliveira Bressan (ULBRA – Santo Ângelo/RS) – Marcos de Oliveira (Justiça Federal – São Paulo/SP) – Mateus Rech Graciano dos Santos (FADISMA – Santa Maria/RS) – Nayani Paula Rodrigues dos Santos (PUCGO – Goiânia/GO) – Paola Dalla Nora Perin (PUCGO – Goiânia/GO) – Paulo César Busato (UFPR – Curitiba/PR) – Paulo Henrique Faria Nunes (PUCGO – Goiânia/GO) – Raquel Lima Scalcon (Uniritter – Porto Alegre/RS) – Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Saulo Ramos Furquim (FAATNET – Itapeva/MG) – Thalita Victória Ferreira Furtado (PUCGO – Goiânia/GO) – Vanessa Cerezer de Medeiros (UFSM – Santa Maria/RS) – Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (UFMG – Belo Horizonte/MG)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 132 • jun. / 2017

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 132 • jun. / 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 conceitos emitidos em seus trabalhos.

THOMSON REUTERS ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

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

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

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

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

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

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

Impresso no Brasil: [06-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [27.04.2017]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Cristiano Avila Maronna
1º Vice-Presidente
Alexis Couto de Brito
2º Vice-Presidente
Eleonora Rangel Nacif
1º Secretário
Renato Stanziola Vieira
2º Secretário
Carlos Roberto Isa
1º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
André Adriano Nascimento 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
Maurício 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 Internacional
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 Científica
Natália Macedo Sanzovo
Journal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Daniela Skromov
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias
Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas
Juliana de Oliveira Carlos
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Revista Liberdades
Ivan Luis Marques da Silva
Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi

Presidentes das Comissões Organizadoras

23º Seminário Internacional
Alexis Couto de Brito

21º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente
Rafael Serra de Oliveira

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 132 • jun. / 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 Administrativos Editoriais: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção, Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Bryan Macedo Ferreira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

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

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Direito Penal

Notas sobre o neurodireito penal e a neurocriminologia

Notes about neurolaw and neurocriminology

Jéssica Ferracioli 17

O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010

The Spanish model of corporate criminal liability of the Penal Code 2010

José L. González Cussac, Traduzido por Paulo César Busato 39

Lei Antiterrorismo no Brasil: análise do Quadro Normativo e Institucional

Anti-Terrorism Law in Brazil: analysis of the Legal and Institutional Framework

Paulo Henrique Faria Nunes; Daniela Anacleto Maciel; Juliana Alves dos Santos; Nayani Paula Rodrigues dos Santos; Paola Dalla Nora Perin e Thalita Victória Ferreira Furtado 61

A criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos: limites dogmáticos à intervenção penal

The civil servant's illicit enrichment criminalization: dogmatic limits to the criminal intervention

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa e Leo Maciel Junqueira Ribeiro 85

Processo Penal

Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia

Criminal evidence: semiotics and the importance of the chain of custody

Ana Luisa Zago de Moraes..... 117

Tempo, discronia e processo penal: uma revisão democrática

Time, discronia and criminal procedure: a democract review

Felipe Lazzari da Silveira e David Leal da Silva..... 139

Levando os argumentos a sério: a presunção de inocência no julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal

Taking arguments seriously: the presumption of innocence in the judgement of HC 126.292/SP by the Brazilian Supreme Court

Fernando Gabriel Ghiggi e Fausto Santos de Morais 169

Crime e Sociedade

O impacto social da organização militar da polícia

The social impact of the military organization of the police

Almir Valente Felitte e Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua 193

Da crítica à solução: a criminologia e as *Community Boards* como alternativas ao sistema penal

From criticism to solution: criminology and Community Boards as alternatives to criminal system

Bruno Seligman de Menezes; Mateus Rech Graciano dos Santos e Vanessa Cerezer de Medeiros..... 219

A sociedade do controle e o controle da violência escolar: uma crítica a partir da teoria do reconhecimento

Society of control and violence control school: a critical recognition from theory

José Francisco Dias da Costa Lyra e Márcio Rogério de Oliveira Bressan... 247

Direito penal e livre expressão de convicções religiosas

Criminal law and free expression of religious convictions

Marcos Felix de Oliveira 287

Compensação penal por penas ou prisões abusivas

Penal compensation for abusive sanctions or imprisonments

Rodrigo Duque Estrada Roig 331

O rompimento da criminologia consensual-funcionalista diante da necessidade de uma criminologia do conflito

The Breaking of the criminology consensus-functionalist on the necessity of the conflict's criminology

Saulo Ramos Furquim..... 383

Resenha

A cultura como direito humano ou como delito? O problema da criminalização da cultura minoritária

Raquel Lima Scalcon 421

Índice Alfabético-remissivo

Autores 433

Temas 435

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 439

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 449

Condições para Submissão *(CheckList)* 455

Edital – Chamada de artigos – Dossiês 2017 457

Notas sobre o neurodireito penal e a neurocriminologia

Notes about neurolaw and neurocriminology

Jéssica Ferracioli

Doutoranda em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2012). Especialista em Direito Penal pela Universidad de Salamanca – USAL (2013). Professora de Psicologia e Criminologia Forenses e Medicina Legal nas Faculdades Integradas "Campos Salles". Advogada Criminalista em São Paulo.
jcferracioli@yahoo.com.br

Recebido em: 30.09.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão autora: 12.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: A proposta do presente artigo consiste em delinear os principais aspectos que envolvem o Direito Penal e a Criminologia à luz das conclusões dos experimentos neurocientíficos atuais. A Neurociência busca desvendar os mistérios que envolvem o comportamento humano, valendo-se de diversos métodos e técnicas existentes e que forneceram novos elementos sobre o funcionamento do cérebro, cujos avanços não encontram precedentes ao longo da história da humanidade. Em decorrência do estágio atual das descobertas neurocientíficas, questionamentos sobre possíveis impactos na área penal surgiram, assim como a busca por critérios compatibilizadores entre as disciplinas envolvidas é crescente, especialmente com a finalidade de excluir ou dirimir a responsabilidade criminal por causa de uma disfuncionalidade cerebral responsável pela alteração comportamental do agente e que possa ter ensejado o cometimento do ato criminoso. Quanto à metodologia utilizada para a elaboração deste artigo, abordar-se-á o tema proposto por meio de pesquisa bibliográfica, dado que, diante da provocação interdisciplinar que o envolve, o propósito é desenhar um panorama

Abstract: The purpose of this article is to outline the main aspects involving the Criminal Law and Criminology in the light of the conclusions of the current neuroscientific experiments. The Neuroscience is dedicated to unravel the mysteries surrounding the human behavior, taking advantage of many existing methods and techniques that provided new information on the functioning of the brain, whose advances do not have precedents throughout the history of mankind. Due to the current state of neuroscientific findings, questions about the possible impact on the criminal legal dogmatic have emerged, and the search for compatibilizing criteria between the disciplines involved is growing, especially in order to exclude or resolve criminal liability because of a brain dysfunction that was responsible for the agent's behavioral change and which permitted the commission of the criminal act. As for the methodology used for the elaboration of this article, the proposed theme will be approached through bibliographical research, given that, in the face of the interdisciplinary provocation that involves it, the purpose is to draw a general

geral da discussão. Por outro lado, devido aos questionamentos fomentados pelos estudos neurocientíficos e que podem impactar futuramente a dogmática penal, o modelo das decisões judiciais, a atribuição da responsabilidade penal, além dos aspectos concernentes às provas em processo criminal, o estudo mostra-se relevante.

Palavras-chave: Neurociência – Neurodireito – Neurodireito penal – Neurocriminologia.

overview of the discussion. On the other hand, due to the questions fomented by the neuroscientific studies and that can impact, in the future, the criminal dogma, the model of the judicial decisions, the attribution of the criminal responsibility, besides the aspects concerning the evidence in criminal prosecution, the study is relevant.

Keywords: Neuroscience – Neurolaw – Criminal justice and neurolaw – Neurocriminology.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Neurociência Contemporânea. 3. O Neurodireito Penal. 4. A Neurocriminologia. 5. Tomada de posição. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Contemporaneamente, pode-se definir a Neurociência[1] como o conjunto de conhecimentos compostos por uma série de disciplinas científicas envolvidas — como a Biologia, a Medicina, a Matemática, a Química, a Física, a Psicologia, a Ciência da Computação, a Engenharia, a Filosofia e a Lei —, subdividindo-se em: Neuroanatomia, Neurofisiologia, Neurofarmacologia, Neuroembriologia, Neurobiologia, Neuropsicologia, Neuropolítica, Neuromarketing, Neurocriminologia e Neurodireito. Esses ramos da Neurociência dedicam-se a estudar o sistema nervoso e a relação entre as funções cerebrais e mentais, valendo-se de diversos métodos e técnicas existentes, as quais permitem fornecer conhecimentos detalhados sobre a composição e o funcionamento do cérebro humano.

À vista disso, frise-se que, tanto o Neurodireito quanto a Neurocriminologia são disciplinas em construção.

No que tange ao Neurodireito, tem-se adotado uma postura cautelosa para a sua conceituação, razão pela qual é concebido sob um aspecto amplo, como a

1. Esclareça-se que, em razão da interdisciplinaridade que envolve o estudo do cérebro humano, alguns autores utilizam a nomenclatura no plural. Cita-se: Neurociências, v. g. SILVA PEREYRA, Juan. Metodos en Neurociencias Cognoscitivas. Manual moderno, 2011. ROTH, Gerhard. Delincuentes violentos: ¿Seres malvados o enfermos mentales? *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013, p. 669 e ss.

área do conhecimento que engloba todas as questões afetas às Ciências Sociais e que possam sofrer impactos ou alterações devido às descobertas neurocientíficas, abrindo-se inúmeras possibilidades de investigação.[2]

Com efeito, sinteticamente, os ensaios empíricos desenvolvidos pela Neurociência evidenciaram que os conteúdos das decisões adotadas por uma pessoa são determinados pelas situações experimentadas por ela e pelos modelos armazenados no sistema límbico cerebral, região constituída de neurônios, também responsável pelas emoções e pelo comportamento humano.

Com o surgimento dos métodos não invasivos e capazes de mostrar o cérebro humano em funcionamento, por meio das técnicas de imagem, tornou-se possível a visualização da atividade mental dos seres humanos em tempo real, acontecimento que proporcionou informações sobre os aspectos da consciência em condições controladas, a avaliação direta das representações neuronais, a identificação e a importância das diferentes combinações entre as áreas do cérebro, envolvidas em funções cognitivas específicas como a tomada de decisão.[3]

Desse modo, até o momento, as conclusões dos estudos na área da Neurociência revelaram que a) os cérebros não são iguais e não detêm a mesma capacidade funcional; b) o cérebro é o responsável pelo comportamento humano e alterações genéticas, neurobiológicas e neurofuncionais podem modificá-lo; c) as decisões decorrem de processos orgânicos do cérebro conforme as leis causais.

Consequentemente, discussões que aparentemente estavam superadas foram retomadas, pugnando-se, inclusive, pela revisão do conceito jurídico-penal da culpabilidade tradicional, em vista dos novos subsídios fornecidos pela moderna Neurociência, ciência que busca responder, por meio de paradigmas empíricos e científicos naturais, a premissa que fundamenta a retribuição penal: o juízo de reprovação que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito fundamentador da repressão penal. Isto é, a possibilidade de responsabilização concreta e individual pelo fato de o sujeito não ter agido conforme o ordenamento jurídico quando poderia ter escolhido agir diferentemente.

---

2. Por exemplo: a) acerca dos impactos da manipulação das mensagens políticas e os limites do uso da mídia nesse contexto; b) os impactos do término da instrução escolar na formação da liberdade individual, não apenas na reunião de informações em sentido estrito; c) os problemas ligados à liberdade religiosa e as consequências neurorais da doutrinação. Nesse sentido, discorre: PICOZZA, Eugenio; CAPRARO, Laura; CUZZOCREA, Vera; TERRACINA, David. *Neurodiritto:* una introduzione. Torino: Giappichelli Editore, 2011, p. 9.
3. KANDEL, Eric. SCHWARTZ, James *et al*. *Princípios de neurociências*. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 328.

Dessa feita, no que segue, como reflexo desse debate, o presente trabalho iniciar-se-á com uma breve exposição acerca da Neurociência Contemporânea; em seguida, serão trazidas algumas perspectivas sobre o Neurodireito Penal e a Neurocriminologia; ao final, apresentar-se-á o posicionamento pessoal a respeito do tema.

2. A Neurociência Contemporânea

O nascimento da Neurociência propriamente dita ocorreu em 1960,[4] momento em que se consagrou como ciência voltada para o estudo interdisciplinar da mente, com a introdução de uma metodologia holística na exploração do sistema nervoso e das funções de ordem psíquica.[5]

Em meados dos anos 80 do século XX, Benjamin Libet realizou uma série de experimentos não invasivos em voluntários, valendo-se da eletroencefalografia (EEG), a fim de avaliar a relação entre o potencial de prontidão (RP) inconsciente[6] e os sentimentos subjetivos da vontade de ação. Tais experimentos registraram os impulsos elétricos cerebrais e comprovaram a existência de atividade cerebral em uma parte do cérebro alheia ao segmento do lugar no qual se origina a tomada de decisão. Desse modo, Libet provou que esse potencial elétrico de preparação ocorre antes que os sujeitos manifestem a intenção de executar uma ação, demonstrando, de forma empírica, que a origem das ações humanas não está no consciente, mas origina-se de uma atividade cerebral prévia de caráter não consciente.[7]

---

4. Parte da doutrina situa o nascimento da Neurociência moderna em 1962, ano em que se criou o *Neuroscience Research Program* (NRP) no Instituto Tecnológico de Massachusetts. Nesse sentido, vide G. Adelman. The neuroscience research program MIT and the beginning of the modern field of neuroscience. J Hist Neurosci. 2010 Jan 15; 19(1):15-23. doi: 10.1080/09647040902720651.
5. BLANCO, Carlos. *Historia de la neurociência*. El conocimento del cerebro y la mente desde uma perspectiva interdisciplinar. 1. ed. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014, p. 1.863.
6. Potencial de prontidão é um indicador da atividade neuronal cerebral e ocorre até um segundo antes de o indivíduo fazer o movimento voluntário, emitindo uma pequena resposta elétrica que é registrada na superfície do crânio. *In*: KANDEL, Eric; SCHWARTZ, James *et al*. *Princípios de neurociências*. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 1.203.
7. LIBET, Benjamin. Do we have free will? *In*: *Conscious will and responsibility*. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; NADAL, Lynn (eds.). New York: Oxford University Press, 2011, p. 2-3.

Posteriormente, confirmou-se a conclusão do ensaio empírico de Libet, qual seja, as ações humanas são tomadas microssegundos antes de o indivíduo ter a consciência delas, e essas são o produto dos processos cerebrais inconscientes. Ademais, hodiernamente, segundo a Neurobiologia, as ações representam, tão somente, a execução dos programas previamente definidos pelos processos neurais.

Assim, desde o trabalho científico desenvolvido por Benjamin Libet, os estudos sobre a vontade da ação consciente e suas implicações ganharam força, especialmente nas áreas da Psicologia, da Filosofia, da Neurociência e, recentemente, da área Jurídica.

Importa salientar que o surgimento da Neurociência Contemporânea representa um importante marco da interdisciplinaridade, pois, de forma extraordinária e fecunda, as distintas áreas que abordam o tema conjugaram esforços com o propósito de encontrar respostas para determinadas indagações que envolvem o funcionamento do cérebro como um todo.

Cite-se, por exemplo: a) a Neuropsicologia, disciplina que, desde o século XIX, se interessa pela elucidação das regiões cerebrais presentes nas funções de ordem superior; b) a Neuroanatomia, que se destina a estudar a estrutura dos componentes cerebrais, assim como a sua conectividade, e se consagrou como peça-chave no progresso da Neurociência, pois foi fundamental para a compreensão da organização do funcionamento do sistema nervoso; c) a Neurofisiologia, a qual esclareceu a eletrofisiologia dos neurônios individuais; d) a Psicofísica, que estuda cientificamente a relação entre o comportamento humano e os processos que ocorrem concomitantemente no sistema nervoso, com a finalidade de identificar os mecanismos neuronais subjacentes da conduta; e) as Ciências Computacionais, que ganharam força no estudo do funcionamento do cérebro em razão da capacidade de análise de diferentes redes neurais.[8]

Nesse contexto, as modernas técnicas de Neuroimagem assinalaram informações valiosíssimas sobre as áreas cerebrais que se ativam ao se executarem determinadas tarefas, possibilitando o acompanhamento, em tempo real, de todo o funcionamento do sistema cerebral, diante de determinados estímulos e no desempenho de certas atividades.[9]

8. BLANCO, Carlos. *Historia de la neurociência.* El conocimento del cerebro y la mente desde uma perspectiva interdisciplinar. 1. ed. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva; 2014, p. 2.864.

9. BLANCO, Carlos. *Historia de la neurociência.* El conocimento del cerebro y la mente desde uma perspectiva interdisciplinar. 1. ed. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva; 2014, p. 2.992-2.998.

Sendo assim, a detecção não invasiva da atividade do cérebro é realizada comumente com o emprego das seguintes técnicas:[10]

1. A EEG, método de monitoramento *eletrofisiológico* que registra a atividade elétrica do *cérebro* provocada pelos sinais elétricos disparados pelos neurônios através de eletrodos fixados no couro cabeludo e que são ligados a uma caixa elétrica que, por sua vez, está ligada à máquina de EEG, capaz de captar pequenos sinais elétricos durante o período compreendido entre 20 e 40 minutos, reproduzindo-os como traçados encefalográficos que serão avaliados posteriormente pelo neurofisiologista clínico (eletroencefalografista). Entretanto, tal recurso só registra a atividade elétrica das camadas mais superficiais do córtex cerebral, razão pela qual, dependendo do diagnóstico almejado, a EEG deve ser complementada com outras técnicas que possam oferecer uma resolução espacial detalhada do cérebro. A aplicação da EEG é adequada para identificar doenças neurológicas, como a esquizofrenia e a epilepsia, além de ser utilizada para fins não médicos, como na detecção de mentiras.

2. A Ressonância Magnética Funcional (fMRI), variante da ressonância magnética (MRI), realizada por meio de um aparelho e que representa os avanços na obtenção de imagens do cérebro; dentre os mais importantes, destaca-se a descoberta dos Raios X, por Conrad Röntgen, em 1895. Esse aparelho mede indiretamente a atividade neuronal, sendo capaz de detectar variações no fluxo sanguíneo em resposta a essa atividade por meio da técnica BOLD (*Blood Oxygenation Level Dependent Contrast*). As principais vantagens da fMRI residem na natureza não invasiva, na alta resolução espaço-temporal e na capacidade para representar a atividade do cérebro inteiro enquanto o indivíduo realiza diferentes tarefas. A fMRI é usada principalmente para reproduzir imagens estruturais do sistema nervoso central e dos órgãos, mas também tem potencial para gerar informações sobre o estado físico-químico dos tecidos, sua vascularização e perfusão. A fMRI desempenha um papel decisivo na investigação de doenças do cérebro, como, por exemplo, reduz a taxa de erro no diagnóstico de estado vegetativo em até 40% e, além disso, é utilizada na busca de tratamentos para os psicopatas. A fMRI já foi utilizada para consignar respostas afirmativas ou negativas (sim/não) em pacientes com diferentes desordens de consciência e também como uma interface cérebro-computador (BCI) que permite o controle de computadores e outros dispositivos externos por meio da modulação da atividade neuronal. O uso da fMRI como detector de mentiras é controverso devido aos questionamentos que envolvem a confiabilidade do resultado,

10. SPRANGER, Tade Mathias (ed.). *International neurolaw:* a comparative analysis. Berlin: Springer-Verlag, 2012, p. 2-3.

bem como à ausência de padrões. Por outro lado, a fMRI é amplamente utilizada em ambientes privados. Não obstante, há um consenso quanto à capacidade de precisão da fMRI: esta jamais será um leitor de mentes.

3. A Tomografia por Emissão de Pósitrons (PET) é uma técnica de imagem não invasiva de medicina nuclear que produz imagens tridimensionais do cérebro em funcionamento, com custo relativamente alto. As imagens de PET possibilitam visualizar, descrever e quantificar os processos biológicos em nível molecular, celular e subcelular. A EEG, a MRI e a PET são utilizadas de forma combinada, com escopo de melhorar a precisão diagnóstica nos casos de epilepsia e Doença de Alzheimer, cujos resultados evidenciam uma melhora de 10 a 20% quando comparados com o uso individual de cada técnica.

4. A Tomografia Computadorizada por Emissão de Fóton Único (SPECT) é uma técnica de imagem tomográfica tridimensional de Medicina Nuclear que usa radioisótopos emissores de radiação gama; quando injetados na corrente sanguínea, captam imagens do cérebro. Os fótons emitidos são detectados por uma câmera SPECT, contudo, esta possui resolução limitada.[11]

Dessa maneira, tal aparato tecnológico comprovou que o cérebro é o responsável pelo comportamento humano e que causas neurobiológicas ou vulnerabilidades funcionais podem afetar regiões associadas ao funcionamento intelectual, à memória e à emoção, que se mostram particularmente relevantes para a mudança de comportamento dos seres humanos.

De mais a mais, as pesquisas na área da Neurociência visam aclarar outros aspectos importantes além do comportamento humano, como o tratamento e a cura para diversas neuropatologias e debilidades cerebrais.

Por fim, atualmente, conhecem-se com notável precisão os mecanismos encarregados de controlar o desenvolvimento das conexões neuronais; todavia, ainda não há a compreensão dos fenômenos subjacentes das funcionalidades do cérebro como um todo.

Desse modo, a Neurociência Contemporânea investiga os sistemas de processamento de informações do cérebro, além de sua capacidade, da qual convergem várias disciplinas, que, desde as últimas décadas, galgaram o entendimento mais completo das funções mentais, ramo que se apresenta em vertiginoso crescimento.[12]

---

11. SPRANGER, Tade Mathias (ed.). *International neurolaw:* a comparative analysis. Berlin: Springer-Verlag, 2012, p. 2-3.

12. BLANCO, Carlos. *Historia de la neurociência.* El conocimento del cerebro y la mente desde uma perspectiva interdisciplinar. 1. ed. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva; 2014, p. 2.864.

3. O Neurodireito Penal

Pode-se definir o Neurodireito Penal como a disciplina que se dedica a desenvolver critérios compatibilizadores entre a Neurociência e o Direito Penal, com objetivo de aperfeiçoá-lo.

Enquanto paradigma doutrinário, acerca da utilização das descobertas neurocientíficas para aperfeiçoar ou alterar o Direito Penal, encontram-se duas vertentes: a) a posição radical ou negacionista: defende que o Direito Penal não pode ser afetado pelos conhecimentos e descobertas oriundas de outros ramos científicos, pois constrói seus próprios conceitos de forma independente e está imune às polêmicas que envolvem as discussões acerca da possível influência da Neurociência no juízo de culpabilidade penal;[13] b) a posição receptiva ou compatibilista: defende a compatibilidade entre as ciências, sempre que possam impactar de algum modo a compreensão do objeto de regulação do Direito Penal e sua configuração legal.[14]

---

13. Adotam a posição radical ou negacionista: Günther Jakobs e Winfried Hassemer. Jakobs defende que o Direito Penal resultaria refratário à polêmica que envolve as Neurociências, pois a própria culpabilidade não é um conceito de caráter empírico, mas sim normativo. Entre outras coisas, o Direito Penal consiste em um conjunto de normas que o cidadão deve respeitar: não mate, não lesione, não roube etc.; e tais expectativas são cognitivas e não afetam a sociedade que é estruturada em deveres e direitos. *In*: JAKOBS, Günther. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. *In*: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (ed.). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociências*. Navarra: Thomson Reuters, 2012, p. 172. Tradução livre realizada pela autora. Para Hassemer, "a Ciência do Direito Penal está muito longe de passar pelo ridículo em sua disputa com outras ciências a respeito de sua estrutura; sua estrutura é rica, bem ordenada e de provada valia". *In*: HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2 e ss.

14. Adotam a posição receptiva ou compatibilista: Eduardo Demetrio Crespo, Mercedes Pérez Manzano. *In*: PERÉZ MANZANO, Mercedes. Fundamento y fines del derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. *Revista de Derecho Penal,* Buenos Aires, n. 1, p. 117-161, 2011. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal. *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013, p. 22. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias. *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013, p. 269-297.

Em que pese as discussões que envolvem o tema, os questionamentos sobre o problema da liberdade de vontade e suas repercussões na avaliação da conduta humana, que se originaram na Metafísica e na Filosofia moral, atualmente são fomentados pelas descobertas neurocientíficas, uma vez que estas têm condições de oferecer uma singular oportunidade de discussão a respeito do fundamento do *ius puniendi*, pois passaram a proporcionar novos instrumentos para a explicação do processo cognitivo e decisório cerebral.

Da mesma forma, antigas discussões envolvendo a culpabilidade e a responsabilidade penal vieram à tona, pois os estudos neurocientíficos apontam para a direção de que os seres humanos não são dotados de liberdade de escolha, porquanto todas as ações são iniciadas por processos cerebrais inconscientes que, por seu turno, são determinados por fatores externos e internos do córtex cerebral.

Com efeito, para a Neurociência, com fulcro no empirismo, as ações dos indivíduos não se baseiam em suas próprias decisões, tampouco no livre-arbítrio, mas essas são fruto do sistema límbico cerebral, buscando-se explicações para a prática delitiva por meio de provas científicas e imagens cerebrais.

Em contrapartida, o Direito Penal, dogmaticamente e normativamente estruturado, qualifica comportamentos que abstratamente passam a integrar a categoria de injusto penal, baseando-se na liberdade de ação como juízo de reprovação pessoal e tem na culpabilidade o pressuposto para aplicação da pena, desde que não sobrevenham causas dirimentes que a excluam.

Diante disso, a celeuma consiste no fato de que a Neurociência parte do pressuposto de que conduta voluntária não existe e não há comportamento padrão, a julgar pelo fato de que os cérebros, individualmente considerados, são diferentes e não possuem a mesma capacidade, podendo, inclusive, serem afetados por problemas funcionais ou estruturais.

Tomando-se por base esses elementos novos, ventila-se uma releitura em sede de atribuição da responsabilidade e a consequente legitimação do juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato típico e ilícito.

Nessa perspectiva, sustenta-se que, em razão dos atuais conhecimentos sobre o funcionamento do cérebro, paira uma dúvida razoável em sede de culpabilidade jurídico-penal, pois a liberdade da vontade que a baliza não passa de uma hipótese normativo-metafísica, pois, até hoje, não se desenvolveu um fundamento que justifique, de forma satisfatória, o juízo de reprovação e a consequente punição da forma como está institucionalizada.

Em contrapartida, com as ferramentas de que a Neurociência dispõe, em alguns casos de déficits cerebrais, já é possível demonstrar a existência de trans-

tornos funcionais ou estruturais do cérebro que afetam a capacidade de autodeterminação pessoal do autor no momento da prática delitiva, permitindo que os Tribunais reconheçam e declarem a inimputabilidade desse acusado.[15]

Em outros casos, não é possível demonstrar, indubitavelmente, que um transtorno funcional cerebral comprometeu a autodeterminação pessoal do sujeito no momento da prática delitiva, mas que existe uma dúvida justificada acerca desse comprometimento. Contudo, nesses casos, à luz dogmática penal atual, esse indivíduo é considerado imputável ou com a capacidade de autodeterminação reduzida (semi-imputável), não obstante exista uma dúvida razoável do caráter condicionado do seu comportamento.[16]

Com base nessa premissa, Gerhard Roth[17] e Grischa Merkel[18] vão além. Para eles, os atuais conhecimentos acerca do cérebro permitem sustentar uma dúvida justificada do comprometimento da autodeterminação pessoal para todos os autores de crimes. Desse modo, como a dogmática penal se apoia em uma

15. CRESPO, Eduardo Demetrio. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. n. 7. RDMCP-UCR, 2015. Disponível em: [www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr]. p. 20.

16. CRESPO, Eduardo Demetrio. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. n. 7. RDMCP-UCR, 2015. Disponível em: [www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr]. p. 20.

17. MERKEL, Grischa; ROTH, Gerhard. "Bestrafung oder Therapie? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Sanktion unter Berücksichtigung der Hirnforschung", en Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich (ed.), Hirnforschung – Chancen und Risiken für das Recht. Recht, Ethik, Naturwissenschaften, Zürich, 2008. ROTH, Gerhard. Delincuentes violentos: ¿seres malvados o enfermos mentales? *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013, p. 669 e ss.

18. MERKEL, Grischa; ROTH, Gerhard. "Bestrafung oder Therapie? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Sanktion unter Berücksichtigung der Hirnforschung", en Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich (ed.), Hirnforschung – Chancen und Risiken für das Recht. Recht, Ethik, Naturwissenschaften, Zürich, 2008. MERKEL, Grischa. El juego lingüístico de la culpabilidad. *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013, p. 403 e ss.

premissa metafísica para responsabilizá-los criminalmente, isso representaria uma violação à proibição da arbitrariedade.[19]

Por sua vez, a culpabilidade assentada no juízo de reprovação que recai sobre o autor e fundamenta o critério de retribuição — no qual, em um primeiro plano, aquele que infringir a norma deverá receber a reprimenda proporcional à gravidade objetiva do fato — pressupõe a imposição de um dano. Por esse motivo, deve-se buscar alternativas ao princípio da culpabilidade tradicional no âmbito dos fins da sanção. No entanto, não se trata de abolir o Direito Penal, mas de alterar a sua configuração atual, norteando-o por um trato mais justo e humanitário ao delinquente.[20]

Apesar disso, os estudos na área do Neurodireito Penal visam instruir as seguintes matérias: a) a constatação de modificações do comportamento humano que possam excluir ou dirimir a responsabilidade penal; b) a detecção de mentiras; c) a análise da parcialidade/tendenciosidade em depoimentos de vítimas, testemunhas e jurados; d) aplicabilidade de sentença/condenação racional;[21] e) novos métodos de reabilitação criminal, ou seja, uma reabilitação criminal útil; f) a verificação da presença da liberdade no momento da ação.

Vale citar que as provas neurocientíficas registradas por imagens cerebrais têm sido empregadas em processos judiciais criminais em alguns Tribunais norte-americanos, com a finalidade de revelar a presença de alguma causa responsável pela alteração do comportamento humano e excluir ou dirimir a responsabilidade criminal do réu ou reeducando que, por causa de uma disfuncionalidade cerebral cometeu um ato criminoso, além de serem utilizadas como prova de atenuante na fase de sentença dos julgamentos por crimes punidos com pena capital.[22]

---

19. CRESPO, Eduardo Demetrio. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. n. 7. RDMCP-UCR, 2015. Disponível em: [www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr]. p. 20.
20. CRESPO, Eduardo Demetrio. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. n. 7. RDMCP-UCR, 2015. Disponível em: [www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr]. p. 20.
21. Estudos têm demonstrado que se atribuem penas mais longas aos indivíduos que nasceram menos apessoados, comparativamente, do que aos mais atraentes. *In*: EAGLEMAN, David. *Incógnito*. As vidas secretas do cérebro. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p. 205.
22. O *Center for Law, Brain & Behavior* aborda, por meio da Neurociência, o monitoramento das descobertas cerebrais de forma responsável, ética e cientificamente válida,

Nesse passo, aqueles que defendem o uso das provas neurocientíficas nos Tribunais alegam que a introdução destas irá contribuir para a capacitação dos juízes e dos membros do Tribunal do Júri, no sentido de concluir se um réu é ou não responsável por suas ações. No entanto, aqueles que rechaçam a aplicabilidade das provas neurocientíficas no Judiciário argumentam que, caso não sejam confiáveis, sua aparência científica pode ser supervalorizada e incompreendida pelos julgadores ou pelos jurados, situação que poderia levar à impunidade generalizada.

Outra área pesquisada pela Neurociência é a chamada reabilitação útil, que busca medidas de tratamento para os indivíduos reincidentes, em especial, os que foram condenados pela prática de crimes sexuais.

No tocante à reabilitação útil, a partir de uma perspectiva cognitivo-comportamental, a Neurociência tem empregado diferentes abordagens de tratamento, tanto farmacológico quanto psicoterápico, na busca de tratamentos correcionais voltados para a compreensão da conexão entre os pensamentos, os sentimentos e o comportamento violento do delinquente, destinados a curar o desviante do interesse sexual, da conduta violenta, da capacidade social deficiente, da falta de empatia, entre outros.

4. A Neurocriminologia

A Neurocriminologia pode ser definida como uma disciplina que conjuga os conhecimentos da Psicologia e da Criminologia e se dedica a estudar as

liderado por Bruce H. Price, MD e Judith G. Edersheim, JD, MD, os quais estão empenhados em melhorar a justiça social, sobretudo, entre as pessoas mais vulneráveis. A primeira etapa do projeto versará sobre a responsabilidade penal e sua correlação com a responsabilidade criminal, qual o papel da Neuroimagem, Neuropsicologia e Genética Comportamental nos tribunais estadunidenses e possui como objetivo global o desenvolvimento do conjunto de orientações científicas que visam delinear o uso da Neurociência nos Tribunais de forma científica, voltada para o emprego das atuais técnicas de neuroimagem nos julgamentos penais e, em especial, nos casos em que existe a alegação de que o crime foi cometido em razão do estado mental prejudicado do acusado. A segunda etapa do projeto será um exame do uso de Genética Comportamental. A investigação posterior versará sobre como os Tribunais tratarão as evidências neurocientíficas no contexto penal; ainda, como o público receberá as evidências neurocientíficas para diminuir ou excluir a responsabilidade, buscando apontar paradigmas legais e normas claras do uso das provas neurocientíficas nos Tribunais. Dados extraídos do grupo de pesquisa do *Massachussetts General Hospital, Center for Law, Brain & Behavior*. Disponível em: [http://clbb.mgh.harvard.edu/criminal-responsibility/]. Acesso em: 09.11.2015. Tradução livre realizada pela autora.

causas da violência a partir de uma perspectiva biopsicosocial, examinando a presença de fatores biológicos específicos e a interação desses com determinados fatores sociais, socorrendo-se das técnicas neurocientíficas para determinar se existem fatores neurobiológicos determinantes para a existência do comportamento violento, com escopo de prevenir o crime e a reincidência. Ademais, volta seu olhar para a cominação de sanções mais justas e eficazes, com o propósito de facilitar a ressocialização.

Nesse passo, considera que os sistemas neuronais conjugados com certos fatores ambientais, neuroanatômicos, neuroquímicos, genéticos e moleculares estabelecem uma relação bidirecional com a violência. Isso porque, quanto maior o número de fatores neurobiológicos relacionados com a violência ou a presença dos fatores de predisposição-vulnerabilidade (níveis hormonais, níveis de neurotransmissores, índices fisiológicos, déficits cerebrais, predisposições genéticas neurológicas, como as alterações em circuitos neuronais, serotonina baixa, testosterona alta etc.), maior é a probabilidade de se desenvolver a conduta violenta.[23]

Desse modo, a interface da Neurocriminologia com o sistema judicial é assentada no seguinte tripé: punição, previsão e prevenção.

Em linhas gerais, no tocante à punição, o sistema judicial existente, essencialmente, conduz à tomada de decisão, por meio da qual se atribui a culpa ou a inocência pela prática de um fato levado a *persecutio criminis*. Entretanto, embora a Neurociência não tenha, até o momento, qualquer influência na definição atual sobre atribuição da responsabilidade penal, sabe-se que o conjunto de múltiplas influências neurobiológicas e genéticas, combinado com certos fatores sociais, pode diminuir a responsabilidade do indivíduo em diferentes graus, fato que não pode ser ignorado. Dessa forma, devem ser sopesadas as variáveis neurobiológicas determinantes para a existência do comportamento violento no momento de se atribuir a responsabilidade penal.[24]

---

23. MOYA ALBIOL, Luis. *Neurocriminología.* Psicobiología de violência (editor y coordinador). Madrid: Ediciones Pirámide, 2015, p. 25-26.

24. GLENN, A. L.; Raine, A. (2014). Neurocriminology: Implications for the Punishment, Prediction and Prevention of Criminal Behaviour. *Nature Reviews Neuroscience,* 15 54-63, p. 11-13. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1038/nrn3640]. A respeito da responsabilidade penal, a prática judicial na Holanda é guiada por uma escala de cinco pontos de avaliação do grau de responsabilidade do acusado, ou seja, a atribuição de responsabilidade é pautada pela avaliação de especialistas de outras áreas e inclui a avaliação da personalidade e testes neuropsicológicos. Nesse sentido: van der Leij, J.B.; Jackson, J.L.; Malsch, M.; Nijboer, J.F. Residential mental health assessment within Dutch criminal cases: a discussion. *Behav Sci Law,* 19, p. 691-702, 2001.

No que se refere à previsão, a Neurocriminologia argumenta que o conhecimento dos fatores neurobiológicos determinantes para a conduta violenta pode ser útil tanto para estabelecer diagnósticos adequados quanto para instituir perfis de pessoas com propensão à conduta violenta, proporcionando o tratamento mais adequado em cada caso.[25]

Por fim, no aspecto que envolve a prevenção, a Neurocriminologia reconhece que poderá fornecer ideias muito modestas sobre como a reincidência pode ser reduzida, mas defende que seria um avanço no tratamento do problema social da violência, com a possibilidade de implementação de critérios voltados para a prevenção de condutas violentas.[26]

5. Tomada de posição

Sabe-se que a ciência penal, sozinha, não é capaz de demonstrar se o sujeito era detentor da liberdade de escolha no momento da conduta delitiva. Igualmente, não é apta para afirmar se existem causas preexistentes e se essas incidem sobre a atuação delituosa do indivíduo e até que ponto são causas determinantes de sua conduta.

Ante todos os questionamentos que envolvem a matéria, atrelados ao problema da falta de confiabilidade da tecnologia empregada e a aplicação prematura desta, até o momento, sem padrões específicos, outra questão preocupante suscitada pelos operadores do direito refere-se à utilização das técnicas neurocientíficas como uma invasão inaceitável à privacidade e/ou violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, cujos aspectos não serão tratados neste artigo, mas vale lembrar que as garantias individuais devem sempre ser respeitadas e não se pode conceber em um Estado Democrático de Direito qualquer transigência nesse sentido.

Todavia, os aspectos que permeiam a previsão de conduta violenta e a prevenção da reincidência esbarram em questões éticas importantes, mormente no que tange ao etiquetamento desses indivíduos até o abuso da utilização desses parâmetros, mas que, em tese, mostrar-se-iam aceitáveis, num primeiro momento, apenas para a finalidade curativa. Tais aspectos visariam exclusivamente à ressocialização, jamais de forma preventiva, com escopo de inocuizar

25. MOYA ALBIOL, Luis. *Neurocriminología.* Psicobiología de violência (editor y coordinador). Madrid: Ediciones Pirámide, 2015, p. 26.

26. MOYA ALBIOL, Luis. *Neurocriminología.* Psicobiología de violência (editor y coordinador). Madrid: Ediciones Pirámide, 2015, p. 26.

indivíduos portadores de problemas neurobiológicos com a probabilidade de desenvolver o comportamento violento, utilizando-se as provas neurocientíficas como mais uma ferramenta de seletividade do sistema punitivo.

Afora isso, não se pode negar que aceitar as descobertas da Neurociência como ferramenta auxiliar poderá implicar a quebra de paradigmas, o que facultará a alteração do sistema de justiça penal tradicional e certamente contribuirá para o refinamento da Política Criminal.

Nesse viés, a culpabilidade penal, sob a concepção retributivista tradicional, fundamentada na indemonstrável hipótese de que o sujeito poderia ter escolhido agir de outro modo, mas não o fez, alicerçada na padronização do comportamento humano, que é balizada em regras gerais de experiência e valores de referência, sustenta-se sobre premissas frágeis e superficiais à luz das descobertas neurocientíficas, assunto que suscita necessidade de enfrentamento.

Atrelados ao fundamento do direito de punir do Estado, deparamo-nos com questionamentos perenes e significativos que originam críticas e reformas, como: qual o real significado do juízo de reprovação que recai sobre o autor de um delito? O modelo atual de retribuição estatal se mostra justo? Há segurança jurídica para todos os destinatários das normas com o modelo de punição vigente?

Assim, apoiando-se no posicionamento de que a culpabilidade tem a função de limitar o poder punitivo estatal,[27] que tem como utilidade legitimar a imposição da pena e servir como instrumento de garantia individual, essa não pode ser vista apenas como uma resposta adequada à necessidade social, atendendo a modelos sociais comparativos ou na suposição de que o autor optou livremente pela realização do injusto ou no mito de igualdade entre as pessoas, mas, sobretudo, deve-se assegurar uma resposta estatal justa.

Desse modo, ao que parece, ainda vige um claro discurso punitivo, que ainda não se desvencilhou do ônus da justificação do castigo e da vingança.[28]

Assim, na prática judicial, constata-se que há a imposição de pena, cuja proporcionalidade à gravidade objetiva do fato também é questionável todas as vezes que o julgador se depara com a existência de um ato contrário ao ordenamento jurídico praticado pelo agente sempre que não estiverem presentes causas de exclusão de culpabilidade reconhecidas pelo ordenamento jurídico.

27. COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidade:* historia, teorís y metodologia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 33-41.

28. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena.* São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 161.

No que concerne ao déficit existente no modelo punitivo, esse é capaz de gerar consequências jurisdicionais nefastas ao autor de um fato típico e antijurídico, tanto em sede de fixação da pena quanto durante a execução penal, que decorre da ausência de uma resposta individualizada e proporcional ao ato praticado, pois muitos indivíduos são tratados injustamente, apesar das regras existentes, apenas por não serem vistos como sujeitos igualmente valiosos e detentores dos mesmos direitos por aqueles que deveriam, em tese, resguardá-los.

Vislumbrando-se, então, que o Direito Penal em vigor não é um puro raciocínio de lógica formal, mesmo com algumas balizas existentes no ordenamento jurídico, que visam limitar discricionariedades e arbitrariedades, não se pode deixar de considerar o sentido humanístico da norma jurídica e, com ela, a carga de subjetivismo que se materializa em insegurança, e, no mais das vezes, em injustiça.

Por isso, deve-se levar em consideração as descobertas neurocientíficas com vistas a iluminar o sistema jurídico penal, adotando-se uma postura receptiva e harmoniosa, sempre em prol do acusado, já que a Neurociência tem condições de revelar aspectos fundamentais para a compreensão do comportamento humano e que podem alterar os atuais paradigmas de retribuição penal, materializando-se em um Direito Penal mais justo e mais humanitário, especialmente para as pessoas que sofrem de debilidades funcionais cerebrais.

Nesse sentido, a proposta conciliadora deverá se firmar nos seguintes moldes: a) caso as modernas técnicas neurocientíficas demonstrem que se vinha impondo penas a indivíduos que praticaram a conduta delitiva devido aos déficits cerebrais, isso deve ser tido em seu favor. E é provável que esses conhecimentos passem a ampliar as hipóteses de inimputabilidade e semi-imputabilidade; b) além disso, qualquer medida que se puder adotar como alternativa ao castigo tradicional deverá respeitar sempre os mesmos limites e garantias materiais e processuais que resguardam os sujeitos considerados culpáveis no marco do Estado Democrático de Direito.[29]

Por fim, o estágio atual das descobertas neurocientíficas já oferece elementos para que a ciência penal adote uma postura receptiva, reconhecendo-se a imprescindibilidade de revisão de alguns conceitos à luz das ciências empíricas que, em muito, podem auxiliar, mormente na construção de novos critérios de responsa-

29. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal. *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013, p. 29 e ss.

bilização criminal, além da perspectiva de cura e tratamento de indivíduos que apresentem comportamento criminoso reincidente, caso esses consintam.

6. Considerações finais

Notadamente, com a chamada "revolução neurocientífica" e suas implicações acerca da liberdade de ação, discussões envolvendo mudanças de paradigmas sobre a responsabilidade penal e as formas tradicionais de retribuição penal ganharam relevo na medida em que a tecnologia disponível forneceu a oportunidade de acessar os estados mentais internos dos seres humanos, contexto que não deixa de ser fascinante, não obstante fomente questões éticas absolutamente importantes e delicadas.

O Neurodireito Penal busca dar respostas para dois questionamentos centrais: a liberdade de ação e o tratamento jurídico-penal da periculosidade. O primeiro volta atenção para o determinismo e o livre-arbítrio, em especial para novas causas de inimputabilidade penal. O segundo está atrelado ao tratamento jurídico-penal dado aos autores imputáveis perigosos.

Em que pese grande parte dos penalistas adotarem uma posição defensiva ou negacionista frente à aplicabilidade das técnicas neurocientíficas em Direito Penal, observa-se que essas têm contribuído para o refinamento da retribuição penal e na mudança na forma de punição tradicional, como no caso da Holanda, que passou a incluir nos julgamentos a análise da personalidade e testes neuropsicológicos para aferir o grau da responsabilidade penal do agente.

Num futuro próximo, crê-se que haverá maior influência da Neurociência, especialmente nos processos judiciais criminais, almejando-se, com isso, que a sua contribuição seja para o seu refinamento sempre em prol da distribuição da Justiça de forma mais equânime e eficiente.

Resta claro que a compatibilidade entre a Neurociência, o Direito Penal e a Criminologia não será simples de ser demonstrada e aceita. Independentemente disso, as pesquisas caminham em constante evolução, mostrando-se relevante o debate nessa seara.

Enfim, as inúmeras possibilidades que permeiam o estudo fazem com que a busca por critérios compatibilizadores entre a Neurociência, o Direito Penal e a Criminologia se torne um desafio instigante e extremamente rico.

7. Referências bibliográficas

ALEXANDER, Larry. *Crime and culpability*. A Theory of Criminal Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

AL-FAWAL PORTAL, Myriam. *Cicunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*. Bosh Editor: Barcelona, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARTRA, Roger. *Cerebro y liberdad*. Ensayo sobre la moral, el juego y el determinismo. México: Centzontle fondo de cultura económica, 2013.

BINDING, Karl. *La culpabilidad en derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2009.

BLANCO, Carlos. *História de la neurociencia*. El conocimiento del cérebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014.

BURKHARDT, Björn; GÜNTHER, Klaus; JAKOBS, Günther. *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2007.

COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidade:* historia, teorís y metodologia. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal. *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013. 690 p.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales,* n. 7, RDMCP-UCR., 2015. Disponível em: [www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr].

DE LA FUENTE, Ramon; ALVAREZ LEEFMANS, Francisco Javier. *Biologia de la mente*. S.L. Fondo de Cultura Economica de España, 2012.

DENNET, Daniel C. *La libertad de accion:* un analisis de la exigencia de libre albedrio. Barcelona: Gedisa, 2009.

EAGLEMAN, David. *Incógnito*. As vidas secretas do cérebro. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

EAGLEMAN, David. What's new in neurolaw? *Penn Center for Neuroscience & Society*. Disponível em: [www.youtube.com/channel/UCmqvVpEfUEW-2qarZk0m559g]. Acesso em: 04.01.2016.

EAGLEMAN, David. *The brain and the law.* Disponível em: [www.youtube.com/channel/UCvhsiQGy_zcNCiSbeXEjhLg]. Acesso em: 04.01.2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias. *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito

de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013. 690 p.

FERREIRA, Nina. *Rehabilitation of sexual offenders:* clearing the stage for neuroscience?. v. 5, 2014. Disponível em: [http://openjournals.maastrichtuniversity.nl/Marble/article/view/208/155]. Acesso em: 04.01.2016.

GLENN, A. L.; Raine, A. (2014). Neurocriminology: implications for the punishment, prediction and prevention of criminal behaviour. *Nature Reviews Neuroscience*, v. 15, p. 54-63. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1038/nrn3640].

HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em direito penal. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

HAMON, A. *Determinismo e responsabilidade*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & Cª, 1910.

JAKOBS, Günther. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Madrid: Civitas, 2008.

JAKOBS, Günther. Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal e os resultados da moderna Neurociência. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (orgs.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012.

KANDEL, Eric; SCHWARTZ, James *et al*. *Princípios de neurociências*. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

KINDHÄUSER, Urs; PABLO MANÃLICH, Juan. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2011.

LIBET, Benjamin. Do we have free will? *Journal of consciousness studies*, v. 6, n. 8-9, 1999, p. 47-57. Disponível em: [www.Imprint-academic.com/jcs]. Acesso em: 05.02.2014.

LIBET, Benjamin. Do we have free will? *In*: SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; NADAL, Lynn (eds.). *Conscious will and responsibility.* New York: Oxford University Press, 2011.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Campinas: Russel Editores, 2003. t. I e II.

M. FUSTER, Joaquin. *Cerebro y libertad, los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir.* Barcelona, 2014.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MERKEL, Grischa. El juego lingüístico de la culpabilidad. *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013. 690 p.

MOYA ALBIOL, Luis. *Neurocriminología.* Psicobiología de violência. (Editor y coordinador). Madrid: Ediciones Pirámide, 2015.

Neuroscience and the law. *The Royal Society.* December, 2011, I Brain Waves 4. Disponível em: [https://royalsociety.org/~/media/Royal_Society_Content/policy/projects/brain-waves/Brain-Waves-4.pdf]. Acesso em: 04.01.2016.

PERÉZ MANZANO, Mercedes. Fundamento y fines del derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 117-161, 2011.

PICOZZA, Eugenio; CAPRARO, Laura; CUZZOCREA, Vera; TERRACINA, David. *Neurodiritto:* una introduzione. Torino: Giappichelli Editore, 2011.

PINKER, Steven. *Cómo funciona la mente.* Traducción de Ferrán Meler-Orti. Barcelona: Destino, 2001.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Ciencia, libertad y derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre arbítrio e direito penal:* Revisão aos aportes da neurociência e à evolução dogmática. Tese de Livre-Docência apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP, 2014.

ROTH, Gerhard. *Delincuentes violentos:* ¿Seres malvados o enfermos mentales? *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013. 690 p.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y processo penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general.* Madrid: Editorial Civitas. 1997. t. I Fundamentos La Estructura de La Teoría del Delito.

ROXIN, Claus; JAKOBS Günther; SCHÜNEMANN Bernd; FRISCH, Wolfgang; KOHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito.* Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

RUBIA, Francisco J. Neurociencia y libertad. *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013. 690 p.

RUMBOLD, John. *Neurolaw and the future.* Kaleidoscope, 5.2 (2013), 146-150.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal.* São Paulo: RT, 2014.

SILVA PEREYRA, Juan. *Metodos en neurociencias cognoscitivas.* Manual Moderno, 2011.

SNEDDON, Andrew. *Action and responsibility.* Springer, 2006.

TADROS, Victor. *Criminal responsibility.* Oxford University Press, 2005.

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

TARUFFO, Michele. Proceso y neurociencia, aspectos generales. *In*: TARUFFO, Michele; FENOLL NIEVA, Jordi (dirs.). *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

WEIBER, Bettina. Refutan las ideas de la neurociencia el concepto de culpabilidad del § 20 del Código Penal? *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.); CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico -penal de la periculosidad. Montevideo: B. de F., 2013. 690 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro:* teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Editorial dossiê "criminologia e processo penal": o processo penal das misérias, de Gabriel Antinolfi Divan – *RBCCrim* 128/17-25 (DTR\2017\221).

O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010

The Spanish model of corporate criminal liability of the Penal Code 2010

José L. González Cussac
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência.
jose.cussac@uv.es

Autor convidado

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 Universidad Politécnica de Nicarágua, professor convidado da Universidad de Buenos Aires, Argentina e da Universidad Pablo de Olavide, Espanha.
pbusato2013@gmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: Analisa-se a profunda modificação introduzida no Código Penal Espanhol em 2010, ao introduzir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Em primeiro lugar, expõe-se a escolha político-criminal seguida entre os diferentes modelos internacionais existentes. Em seguida, detalham-se os critérios de transferência da responsabilidade penal da conduta de pessoas físicas à pessoa jurídica. Finalmente, examinam-se as questões críticas propostas tanto desde uma perspectiva dogmática como singularmente desde os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas – Dogmática jurídico-penal – Política criminal.

Abstract: This work analyses the deep changes introduced in the Spanish Penal Code in 2010, by introducing the criminal liability of legal persons. First analyses the political choice between the different models existing in the international criminal law. Then details the criteria for transfer of criminal liability of the natural persons to the legal person. Finally, examines critical issues since a dogmatic perspective as from fundamental rights.

Keywords: Criminal liability of legal entities – Legal-criminal dogmatic – Criminal policy.

Cussac, José L. González; Busato, Paulo César.
O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 132. ano 25. p. 39-60. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos essenciais da reforma de 2010. 3. A opção político-criminal. 4. O modelo espanhol do art. 31 bis do CP de 2010. 5. Dogmática e direitos fundamentais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Ciente[1] de que o Projeto de Novo Código Penal brasileiro estrutura a primeira regulamentação legal de responsabilidade penal das pessoas jurídicas da história do país e de que o faz inspirado pela regulamentação do texto do Código Penal Espanhol de 2010, entendi oportuno retomar texto que escrevi em atenção àquela reforma da lei penal.

Na verdade, a fórmula então implantada já foi revisada por uma ampla reforma nessa matéria havida no ano de 2015. No entanto, o texto em que comento a introdução da responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Código de 2010 segue sendo tema de interesse para aqueles países que se iniciam nessa discussão, especialmente no escopo de adiantar-se em relação aos problemas teóricos e práticos que se enfrentaram na Espanha.

Assim, com o objetivo de apontar questões relevantes sobre o Código Penal Espanhol de 2010 na seara da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, que podem ser úteis para a discussão brasileira na matéria, apresento esta versão em português dos problemas que vislumbrei na previsão legal espanhola.

2. Aspectos essenciais da reforma de 2010

A lei orgânica 5/2010 comportou uma mudança transcendental do modelo espanhol nessa matéria, que, seguindo a tendência internacional dominante, estabeleceu a responsabilidade penal *da*s próprias pessoas jurídicas.

Para poder compreender melhor esse novo modelo de responsabilidade penal das pessoas jurídicas introduzido pela reforma de 2010, é preciso contextualizá-lo e situá-lo em relação a outros âmbitos afins, sendo válido, para isso, distinguir esses três planos básicos diferentes:

1. O presente artigo foi antes publicado em El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. *In*: COLOMER, J L Gómez; VILAR, S. Barona; CUADRADO, P. Calderón (coords.). *Liber Amicorum,* en Homenaje y para celebrar el LXX del prof. Juan Montero Aroca. Valencia (Tirant) 2012. p. 1.033-1.050 e também em *Revista de Derecho penal y Criminología*. n. 4, 2013. p. 3-13; em *Revista de la Fundação Internacional de Ciencias Penales*. n. 1 (julio 2013). p. 281 e ss; e em *Anuario de Derecho Penal Económico*. n. 3, 2014 (Centro de Estudios de Derecho Penal Económico) Lima. Tradução para o português de Paulo César Busato.

Primeiro, manteve-se o art. 31, ainda que com a derrogação do perturbador parágrafo segundo, para resolver os problemas de imputação nos delitos especiais, nos quais a condição ou qualidade requerida pelo tipo está presente na sociedade, mas não na pessoa física que atua em seu nome. Ou seja, regula as *atuações em nome de outro*, isto é, da determinação da responsabilidade penal no marco da representação, diferenciando entre o representante e o representado ao realizar um ato jurídico qualificado de delitivo. Por conseguinte, sob esta expressão contemplou-se não apenas os casos de atuações em nome de pessoas jurídicas, mas também os de atuação de uma pessoa física em nome de outra pessoa física.

Segundo, a reforma introduziu um novo sistema de responsabilidade *penal das pessoas jurídicas* no art. 31 bis, com critérios autônomos de imputações, classes de penas próprias e regras específicas de aplicação destas penas. O regime jurídico veio contido nos arts. 31 bis, 33, 7º (penas passíveis e imposição às pessoas jurídicas); 52 (forma de impor a pena de multa); 66 bis (determinação da pena aplicável); 116,3 (responsabilidade civil); 130 (casos de transformação e fusão de sociedades).

E, *terceiro*, mantém-se o catálogo de *medidas acessórias* dos arts. 128 e 129 para os casos de atuações delitivas cometidas através de empresas, organizações, grupos ou qualquer outra classe de entidades ou agrupamentos de pessoas, que por carecer de "personalidade jurídica", não estejam compreendidas no art. 31 bis CP. Aqui unicamente cabe perceber que não resta completamente delimitado o âmbito de aplicação do art. 31 bis e do art. 129, ao menos no sentido de comportar círculos totalmente secantes[2].

3. A opção político-criminal

É de todos conhecida a célebre máxima *societas delinquere non potest*. Com efeito, tradicionalmente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas era negada, com base em três grandes argumentos: as sociedades não possuem capacidade de ação; tampouco têm capacidade de culpabilidade; e, igualmente, carecem de capacidade de sofrer penas. Daí que os sistemas clássicos só castigavam como autores de delitos as pessoas físicas.

Ao longo das últimas décadas, porém, essa máxima foi paulatinamente sendo debilitada até finalmente romper-se. Resulta chamativo que o impulso da mudança sempre teve sua origem em instâncias políticas, que, com argumentos de maior eficácia e pragmatismo, terminaram por impor-se a considerações

2. ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal*. Parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 279 y ss.

mais teóricas ou de maior prudência. Assim, a decisão político-criminal de fazer responder criminalmente as pessoas jurídicas foi progressivamente se estendendo desde os países anglo-saxões até finalmente alcançar também os sistemas continentais. A tendência definitivamente se inverteu, devido a duas razões fundamentais: a necessidade de castigar os delitos socioeconômicos e financeiros (*delinquência de colarinho branco)* e a urgência de buscar novas vias de luta contra a criminalidade organizada[3]. Mas indubitavelmente também por razões de legalidade, sobretudo, por conta dos problemas existentes com os delitos especiais cometidos no marco de sociedades ou por seus representantes legais. É preciso recordar que mais de 80% dos delitos socioeconômicos são cometidos através de empresas[4].

As razões político-criminais que inspiram o giro de orientação podem ser mais bem compreendidas acudindo às cifras escandalosas de fraudes nos EUA em datas anteriores à atual grande crise financeira, bastando recordar, a título de exemplo, os seguintes: WORLCOM (107 bilhões $); ENRON (63'3 bilhões $); ADELPHIA (24'4 bilhões $); GLOBAL CROSSING (25'5 bilhões $). A lista deve ser completada com os casos ocorridos na Europa, Ásia e América Latina. Todos esses casos evidenciaram o fracasso do modelo chamado de "autorregulação", a debilidade do sistema tradicional de responsabilidade individual no seio de complexas estruturas societárias, assim como o das múltiplas construções jurisprudenciais precedentes[5]. A decidida opção legislativa pela intervenção penal expressa, na qual se destaca a aqui comentada de possibilitar uma responsabilidade criminal das sociedades, trata de acabar com essas carências. É cedo para oferecer um balanço de sua eficácia e eficiência para alcançar os objetivos, assim como para avaliar os possíveis "danos colaterais". De qualquer modo, não se pode obviar nem a carência de um debate prévio sério em escala internacional sobre essa grande transformação do Direito penal, tampouco a ausência de unanimidade. Isso porque, além dos diferentes modelos que se podem implantar, muitos autores consideram desnecessária a solução penal, mostrando-se partidários de uma responsabilidade administrativa ou,

3. CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: GARCÍA, Álvarez e CUSSAC, González (coord.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 55 y ss.
4. CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, *In*: GARCÍA, Álvarez e CUSSAC, González (coord.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 57.
5. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa. *La Ley*, *n. 7.670*, 11 de julio de 2011. p. 2.

no mínimo, consideram que, para alcançar essas finalidades, não bastaria apenas uma aparente maior intervenção punitiva.

De qualquer modo, a soma de todas essas razões impulsionou com vigor a conveniência de reformas orientadas a castigar as próprias pessoas jurídicas. E, ainda que o debate siga em parte em aberto, a tendência no panorama internacional é agora claramente favorável para estabelecer modelos de responsabilidade penal das sociedades, sobretudo nos EUA, no Canadá e no Espaço Econômico Europeu. Na América Latina, o debate também já está totalmente aberto. Alguns exemplos a respeito da Europa ilustram de sobra essa linha político-criminal favorável à responsabilidade penal das sociedades: Holanda (1976); EUA; Reino Unido, Noruega e Irlanda (1991); Islândia (1993); França (1994); Finlândia (1995); Eslovênia e Dinamarca (1996); Estônia (1998); Bélgica (1999); Suíça e Polônia (2003); Portugal (2007). E, agora, Espanha, em 2010. A isso é preciso somar numerosos acordos nessa direção dentro do espaço europeu.

Mas essa opção político-criminal dominante no direito comparado se traduz logo em diferentes articulações[6]. Em síntese, é possível distinguir dois grandes modelos de responsabilidade *punitiva da*s sociedades. O primeiro, na realidade, estabelece uma responsabilidade *administrativa das pessoas jurídicas*. Esse é o caso da Alemanha, e parcialmente da Itália, pois contém sanções administrativas – junto de um complexo sistema penal –, mas aplicadas pela jurisdição penal.

Um segundo modelo é o que opta por estabelecer responsabilidade *criminal das pessoas jurídicas*. Por sua vez, é subdividido em dois. O primeiro é daqueles que escolheram a *imputação direta, própria e independente* – isto é, não vinculada à atuação das pessoas físicas que atuam no marco societário –, sustentado na ideia da autorregulação, e que majoritariamente recorre ao "critério do defeito de organização" ou de controle para determinar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Geralmente é conhecido como modelo de "*responsabilidade própria ou originária*" ou "*do fato próprio*", e requer uma elaboração, ou, no mínimo, uma adaptação específica, de todas as categorias centrais da teoria jurídica do delito. Sobre as possibilidades de levar a termo essa reelaboração dogmática, existe uma viva polêmica doutrinária, inclusive entre seus partidários[7].

6. HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa. *In*: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.). *Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial*. Pamplona: Aranzadi, 2006. p. 163 y ss.

7. Ver uma exposição da mesma em MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

Como acertadamente recorda Bernardo del Rosal Blasco[8], até agora esse modelo não teve um reflexo expresso em nenhum ordenamento positivo, nem sequer, contra o que afirmam alguns autores, no mundo anglo-saxão. Recentemente, porém, podemos observar um exemplo desse arquétipo de responsabilidade penal direta das sociedades na nova Lei Anticorrupção britânica (*The Bribery Act* de 2010), ainda que muito circunscrita à delinquência organizada.

O segundo submodelo de responsabilidade criminal das pessoas jurídicas é o daqueles outros que seguem um critério de *atribuição*, ou de "*responsabilidade derivada ou de transferência*", isto é, que a ação de determinadas pessoas físicas que atuam em nome da sociedade a "*contaminam*" e lhe transferem a responsabilidade penal a partir de certos critérios de imputação[9].

Esse último é historicamente aplicado na área anglo-saxã e é o mais seguido nas legislações europeias continentais, entre elas pela espanhola, denominado "*responsabilidade por atribuição*". Na tradição anglo-saxã, doutrina e jurisprudência acudiam a duas instâncias diferentes para operar a transferência de responsabilidade penal desde a pessoa física até a pessoa jurídica. Assim, em alguns casos manejavam a "*teoria da identificação*" ou do *alter ego*, segundo a qual se identificava a vontade da primeira com a da segunda, "*de modo que a pessoa que atua não é que atue para a corporação, é que é a corporação*"[10]. Mais adiante se introduziu uma nova doutrina, denominada de "*responsabilidade vicariante estrita*"; mediante a qual a transferência de responsabilidade penal para a empresa não apenas acontecia por atuações ou omissões de seus diretores ou administradores, mas também por comportamentos de empregados, ainda que aqueles tivessem lançado mão de controles e medidas preventivas, se estes não se mostrassem suficientemente eficazes.

Não obstante, todos os sistemas, tanto o de responsabilidade administrativa como os de responsabilidade penal, seja independente, seja derivada, convivem

---

p. 584 y ss. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008. p. 37 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2009. p. 195 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.

8. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de empresas…*cit.*, p. 3.
9. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho Penal y Criminología*. v. 29, n. 86-87, 2008, p. 130.
10. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de empresas…*cit.*, p. 3.

com os mecanismos legais de solução das atuações a nome de outro, particularmente, da representação das pessoas jurídicas nos delitos especiais. Nessa questão, continua-se castigando criminalmente só as pessoas físicas que atuam como administradores ou representantes das mesmas. Outras legislações introduziram meios legais para castigar indiretamente as pessoas jurídicas, partindo da ideia de que, na realidade, sua vontade não se diferencia da de seus administradores. Daí que a solução adotada seja, em primeiro lugar, possibilitar a sanção penal dos administradores das sociedades ou aos que atuam em nome de outras pessoas, quando tenham sido os representantes que tomaram as decisões delitivas.

No Código Penal espanhol anterior à reforma de 2010, esse era o caso do art. 31. O modelo se complementava, desde 1995, com "medidas acessórias", que permitiam dissolver uma sociedade, paralisar ou suspender sua atividade, ou intervir em sua administração (anteriores arts. 128 e 129, CP). Sobre a natureza jurídica dessas últimas, surgiu uma interessante discussão, pois, ainda que formalmente recebessem o nome de *medidas*, para um setor da doutrina, na realidade, tratava-se de autênticas penas impostas às próprias sociedades. Na realidade, configurava um sistema de responsabilidade penal *acessória da*s pessoas jurídicas, que implicava a prévia responsabilidade penal principal da pessoa física e daí, logo, transferia-se à empresa[11].

4. O modelo espanhol do art. 31 bis do CP de 2010

Nesse preceito se estabeleceu com clareza a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essa responsabilidade penal da pessoa jurídica coexiste com a responsabilidade penal das pessoas físicas. Mas, diferentemente da regulamentação anterior, para poder condenar a pessoa jurídica já não se necessita uma prévia declaração de culpabilidade das pessoas físicas, de modo que ambas correm autonomamente e em paralelo. Daí que se possa falar de una responsabilidade derivada e *coprincipal*[12]. Com efeito, pois o art. 31, bis 2º, contempla a possibilidade de que se imponham penas por um mesmo fato a ambas as pessoas, jurídica e física, e que se castigue a sociedade ainda que "a concreta

11. GUARDIOLA LAGO, María Jesús. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 70 y ss.

12. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal. *Curso de incidencias de la reforma del Código Penal. Cursos de la Fiscalía General del Estado*. cendoj-publicaciones@cgpj.es. Texto eletrônico. Acesso em março de 2011. p. 18 y ss.

pessoa física responsável não tenha sido individualizada ou não tenha sido possível dirigir o procedimento contra ela". Mais que isso, a ruptura entre ambas as esferas de responsabilidade penal se confirmou com o disposto no art. 31, bis 3º, ao dispor que a concorrência de circunstâncias atenuantes ou eximentes na pessoa física não exclui nem modifica a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Sentada a possibilidade de duas vias paralelas de responsabilidade penal, o decisivo era determinar com precisão sob que critérios seria possível articulá-las. É claro que a responsabilidade criminal das pessoas físicas deveria ser estabelecida conforme regras gerais. A novidade residia em precisar os pressupostos que permitiriam transferir a imputação penal às pessoas jurídicas. Pois bem, esses pressupostos para que se pudesse declarar a responsabilidade penal da pessoa jurídica se desenvolveriam conforme duas possíveis alternativas de imputação contidas no art. 31, bis 1º, CP.

O primeiro caso de transferência da responsabilidade penal à pessoa jurídica, descrito no parágrafo[13] primeiro, descrevia a prévia realização de um fato delitivo, cometido "em nome ou por conta e em proveito" da pessoa jurídica, por parte de algumas das pessoas físicas que ostentarem o poder de representação legal, ou a condição de administradores de direito ou de fato da mesma. Aqui, o critério de imputação descansa na atribuição de poder de representação legal na pessoa física que comete o delito, ou em sua capacidade de adotar decisões em nome da sociedade e do controle de seu funcionamento. Ou seja, articula-se o primeiro instrumento de impregnação ou transferência da responsabilidade criminal à sociedade pelo poder formal ou material exercido por pessoas físicas que a representam e atuam por sua conta e em benefício da sociedade.

O segundo caso de *contaminação* foi explicitado no parágrafo segundo, requerendo a prévia comissão de um fato delitivo perpetrado por pessoas físicas submetidas à autoridade de quem ostente "poder de direção social", e que a comissão desse delito tivesse origem em não ter sido exercido sobre elas "o devido controle, atendidas às concretas circunstâncias do caso". Essa segunda alternativa é mais complexa ao vincular pessoas físicas com diferentes

13. Nota do tradutor: Utiliza-se a expressão parágrafo em tradução da expressão espanhola *apartado*. Há uma dupla razão para empregá-la. Por um lado, não utilizamos em notação legal a expressão *apartado* no Brasil. Por outro, a expressão parágrafo, sim, é utilizada, ainda que em sentido técnico signifique um subtópico do artigo. Acontece que a expressão parágrafo também tem sentido coloquial, gramatical e, nesses termos, corresponde exatamente ao emprego que os espanhóis fazem de *apartado* no plano legislativo.

graus de poder em uma escala vertical na sociedade em questão. Nesse caso, a *transferência da* responsabilidade penal à pessoa jurídica exigiu, por uma parte, a atuação ilícita de empregados que não possuam representação legal nem sejam administradores e, de outra, sua conexão causal com a falta do controle exigível por parte dos representantes e administradores.

Essa dualidade de regras de imputação e sua aparente dificuldade interpretativa geraram já várias hipóteses sobre o fundamento da imputação penal, algumas delas realmente surpreendentes por sua criatividade, muito afastadas do teor literal possível descrito no texto da lei. Assim, no Informe do Conselho Geral do Poder Judicial ao Anteprojeto de 2009, mantém-se que o primeiro parágrafo do art. 31 bis CP consagra um sistema de responsabilidade vicariante pura, enquanto que no segundo parágrafo se instala um modelo de responsabilidade por fato próprio. Na doutrina, encontramos também opiniões totalmente divergentes. Por exemplo, para alguns autores, a regulamentação estabelece uma responsabilidade criminal direta pela própria ação e a própria culpabilidade da pessoa jurídica[14]. Desde essa perspectiva cobrariam força os chamados "códigos de boa conduta corporativa", isto é, na ideia do "defeito de organização" ou de "autocontrole". Para outros autores, porém, na realidade essa regra de imputação se aproxima do clássico conceito civil de *culpa in vigilando* ou *in eligendo*, pelo que se inclinaram a considerar que a reforma de 2010 instaurou uma espécie de modelo "misto", entre a responsabilidade direta e o de transferência[15]. Uma linha eclética também pareceu abraçar Martínez-Buján Pérez[16], ao qualificar a normativa como uma responsabilidade "direta e independente". Contudo, outros autores claramente apostaram por seu enquadramento na doutrina da transferência pura e particularmente de responsabilidade vicariante[17], ou, inclusive, como um "modelo amplo de identificação"[18].

14. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Societas delinquere non potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio). *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. n. 76. noviembre *2010*. p. 1.
15. CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas…*cit.*, p. 71 y ss.
16. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa…cit.*, p. 588.
17. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva político-criminal y dogmática. *Tribuna*. n. 5. abril-junio 2011. p. 9.
18. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de empresas…*cit.*, p. 3-4.

Pois bem, mais além de singulares matizes e críticas à reforma, o mais importante foi determinar o critério fixado de imputação da pessoa jurídica. E, nesse sentido, a exegese da responsabilidade direta pura, isto é, por fato próprio, não se ajustava ao texto da lei, como expôs detalhadamente a Circular da *Fiscalía General del Estado*[19] 1/2011. Com efeito, porque a redação legal não fala de "falta de controle ou de defeito de organização", isto é, da infração de "códigos de bom governo", internos e de autorregulação, tampouco de uma ação e de uma culpabilidade autônomas e independentes da pessoa moral; mas exige que os representantes legais ou administradores tenham cometido uma conduta ilícita (parágrafo primeiro); ou que os subordinados tenham realizado uma prévia ação ou omissão típica, dolosa ou imprudentemente permitida por seus superiores. Ou seja, que no caso concreto os responsáveis da empresa – seus representantes legais ou administradores – não tenham exercido o controle devido conforme o ordenamento jurídico.

Portanto, o parâmetro que fixa o preceito para medir a infração não foram os "códigos internos de bom governo" da empresa, mas a legislação então vigente. O determinante em Direito Penal não é se a empresa está melhor ou pior organizada, ou se possui controles ou códigos internos, mas se foi realizada a ação típica por seus subordinados em conivência com os superiores. Em similares termos se expressa[20], ao assinalar que ter estabelecido um código interno de medidas preventivas da sociedade é absolutamente irrelevante para a exigência legal explícita.

A Circular da *Fiscalía General del Estado* 1/2011 o advertiu contundentemente, e por sua importância se reproduz literalmente uma parte:

> (…) a política corporativa ou a chamada organização empresarial resultarão úteis – *não como fundamento da imputação da pessoa jurídica, nem como substrato sobre o qual fazer gravitar a culpabilidade da empresa* como conceito trabalhosamente reenviado desde as pessoas físicas às jurídicas –, mas como instrumento para avaliar o conteúdo real do mandato de que é titular o gestor e aquilo que, junto com as normas que regulem a atividade de que se trate, integra essa necessária supervisão da atividade empresarial no caso concreto.

19. Nota do tradutor: Órgão máximo do Ministério Público espanhol, aproximadamente equivalente à Procuradoria-Geral da República do Brasil.

20. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de empresas…*cit.*, p. 4-5.

Ao que acrescentou que na atualidade existe o risco de crer que:

> (...) *a mera formalização desses standards constitua um salvo-conduto para eludir a responsabilidade penal da corporação.* Porém, *o importante na responsabilidade penal da pessoa jurídica não é a aquisição de um código de auto -regulação, ´corporate defense, compliance guide', plano de prevenção do delito ou como se queira chamá-lo, mas sim a forma com que atuaram ou deixado de atuar os membros da corporação* a que se refere o artigo 31 bis na situação específica, e particularmente neste segundo tópico do parágrafo 1º, seus gestores ou representantes em relação à obrigação que a lei penal lhes impõe de exercer o controle devido sobre os subordinados; neste contexto, resulta indiferente que a conduta dos indivíduos responda a um guia de cumprimento próprio que, no melhor dos casos, constitui um ideal regulativo de emanação estritamente privada (…); por conseguinte, *o importante será certificar, e esta é uma questão de prova, que as pessoas físicas às que se refere a norma cometeram o delito nas circunstâncias às que a mesma se refere* (…). Em conseqüência, não se deve esquecer que o *objeto do processo penal não é constituído pelo juízo sobre a existência ou idoneidade de um código de auto-regulação da pessoa jurídica, mas a adequação ou inadequação à Lei penal da conduta das pessoas físicas* às que o preceito alude (p. 47, 48 e 49; o grifo é meu).

Desde logo, essa regulação demanda numerosas questões, entre as quais cabe destacar as seguintes: *a)* a determinação das características típicas do *fato de conexão* cometido pela pessoa física; *b)* a entidade da participação concreta nos fatos por parte da sociedade, seja por ação direta, seja por omissão; *c)* os limites da admissão da imputação aos superiores através da comissão por omissão e do "autor detrás do autor", com as dificuldades reconhecidas de encaixe no sistema positivo espanhol. Não obstante, lamentavelmente, essas questões foram sendo resolvidas, na prática, de uma forma um tanto tola[21], que quiçá a reforma pudesse ajudar a corrigir.

O modelo se complementava com as seguintes características essenciais:

> O art. 31 bis 4º, ainda que não contemple eximentes próprias para as pessoas jurídicas, contém um catálogo específico de circunstâncias atenuantes. Todas elas operam *ex post factum* ao fato cometido e se acham conectadas a critérios de arrependimento e colaboração processual. Esquematicamente são as seguintes: confissão ante as autoridades; colaboração com a investigação dos fatos; reparação ou diminuição do dano causado; criação antes do julgamento, de mecanismos de controle para evitar no

21. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas…*cit.*, p. 21.

> futuro a comissão de novos delitos; e, por último inclui-se uma atenuante analógica[22].

Por sua vez, o art. 31 bis 5º, excluiu esse preceito, ou seja, não permitiu atribuir responsabilidade penal:

> (...) ao Estado, às Administrações Públicas territoriais e institucionais, aos Organismos Reguladores, as Agências e Entidades Públicas Empresariais, aos partidos políticos e sindicatos, às organizações internacionais de direito público, nem àquelas outras que exerçam potestades públicas de soberania, administrativas ou quando se trate de Sociedades mercantis Estatais que executem políticas públicas ou prestem serviços de interesse econômico geral.

Enquanto que a exclusão do Estado e das Administrações públicas parecia totalmente razoável, não o era tanto a de certas sociedades de economia mista. Também se discutiu a dos partidos políticos e sindicatos, ainda que em ambos os casos certamente possuam regimes estabelecidos em normativas específicas.

Por outro lado, o art. 33, 7º, continha o catálogo específico de penas a impor às pessoas jurídicas, enquanto que o art. 66 bis disciplinava as regras também específicas para determinar as penas nesse âmbito.

Por último, cabe assinalar que o modelo incorporado ao Código Penal Espanhol de 2010 descrevia um sistema taxativo de delitos nos quais se admitiu a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Esse sistema de *numerus clausus* se materializou no Livro II, no qual em cada âmbito delitivo era necessário que constasse uma cláusula expressa para habilitar a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas.

5. Dogmática e direitos fundamentais

Com esse modelo, incorporou-se ao Direito Penal a completa separação jurídica entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas que a compõem, de forma que nos encontramos diante de sujeitos de direito completamente distintos. Não obstante, é necessário insistir que o pressuposto da imputação de um e outro sujeito nos é idênticos. Com efeito, pois, no caso das pessoas físicas, o título de imputação procede da aplicação das regras gerais, isto é, da realização de uma conduta típica, antijurídica, culpável e punível, conforme a formulação clássica. Pelo contrário, no caso das pessoas jurídicas, a responsabilidade penal procede de um dos dois critérios de transferência acolhidos no art. 31 bis CP.

22. ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio…cit.*, p. 284.

E, como adverti anteriormente, o legislador de 2010 incorporou ao nosso ordenamento o mecanismo refletido na normativa europeia, que comporta um critério de transferência de responsabilidade para os casos em que o delito é levado a cabo por quem ostenta poder societário, ou pelos subordinados, em consequência da falta de controle exercido sobre eles pelos órgãos da sociedade, sob circunstâncias determinadas. Por conseguinte, a responsabilidade penal da empresa não surge direta e independentemente, isto é, fixada conforme parâmetros de "atuação" dos órgãos societários ou de outros critérios como "a falta de controle ou de defeito de organização", isto é, da infração de "códigos de bom governo", internos e de autorregulação. Pelo contrário, a responsabilidade criminal da pessoa jurídica se origina na prévia comissão de delitos por determinadas pessoas físicas dentro do âmbito societário e de acordo com certas condições taxadas legalmente. Assim, deve falar-se de uma "*derivação, transferência, atribuição, ou contaminação*" da responsabilidade criminal à sociedade pela atuação precedente ilícita de alguma pessoa física.

Essa opção legislativa requer e parte de uma imprescindível prévia comissão de uma ação típica por uma pessoa física, como referência da imputação penal da pessoa jurídica, de sorte que essa técnica legislativa força uma aproximação diferente aos dois grandes obstáculos dogmáticos tradicionalmente esgrimidos: o primeiro, referido à falta de capacidade de ação das sociedades; o segundo, a sua carência de capacidade de culpabilidade, e com ambos o princípio de pessoalidade da pena[23].

Em relação ao primeiro, poderia se dizer que as pessoas jurídicas são sujeitos de Direito porque o ordenamento jurídico lhes atribui tal *status*. A respeito não cabe dúvida alguma, na medida em que são considerados sujeitos jurídicos plenamente independentes das pessoas físicas, e sua vontade, formada através de procedimentos legais ou estatutários, é assim reconhecida e possui plenos efeitos jurídicos. Mas essa afirmação não significa que se possa dizer que as pessoas jurídicas *atuam* ou que *cometam* o delito do mesmo modo que uma pessoa física. Na realidade, conforme aquele sistema legal espanhol, essa pergunta resultava desnecessária, posto que isso não foi exigido, de modo algum, no art. 31 bis CP. O teor literal do preceito assinalava que "serão penalmente responsáveis dos delitos cometidos em nome ou por conta das mesmas, e em seu proveito, por seus representantes legais e administradores de fato ou de direito". Ou seja, não seria necessário que as pessoas jurídicas *cometessem* o delito. O que se fez foi consagrar um sistema de "atribuição", seja "vicariante", seja, se for preferível, de

23. Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa… cit.*, p. 591.

"identificação", no qual, sob certas condições, transfere-se também a responsabilidade penal à pessoa moral com fundamento e referência à conduta cometida por determinadas pessoas físicas. De modo que, nesse modelo, será preciso que se demonstre – além de automatismos e presunções – a realização de um delito pelas pessoas naturais especificadas – sem que seja necessária a individualização da responsabilidade de cada pessoa física – e que se verifique se são cumpridos os critérios de transferência da responsabilidade penal à pessoa jurídica.

Mas, então, que repercussões tem a discussão sobre a capacidade de ação das pessoas jurídicas? Nesse marco resulta interessante deixar constância de algumas das frutíferas polêmicas surgidas a efeito. Por exemplo, a decidida proposta de Carbonell Mateu[24] a favor de reconhecer sua capacidade para serem sujeitos ativos de delitos por possuir capacidade de ação, à qual chega desde o desenvolvimento da denominada doutrina da "ação significativa" de Vives Antón[25]. Porém, Rodríguez Mourullo[26] objetou que "por esta via se perde afinal toda percepção da realidade empírica e se incorre em uma concepção ultranormativizada difícil de compartilhar. Porque a ação não é puro significado, mas um comportamento humano com um determinado significado". Pelo que concluiu que essa concepção remete a um tratamento igualitário – com mínimos matizes – para pessoas físicas e jurídicas, que prescinde das diferenças que existem empiricamente entre a pessoa natural e a pessoa jurídica. Recentemente ingressou na disputa Vives Antón,[27] ao recordar que nunca afirmou que as ações sejam puros significados, tampouco o substrato de um sentido, mas o sentido de um substrato, "e por esse caminho, nem se perde nem se pode perder 'toda a percepção da realidade empírica', mas somente aquela percepção da realidade empírica que a erige em núcleo de definição da ação. A ação se define (nem poderia ser de outro modo) por seu sentido".

---

24. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (coord.) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. T. S. Vives Antón*. t. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 307 y ss.

25. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 503 y ss. Da mesma opinião, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa…cit.*, p. 35 y ss; BUSATO, Paulo Cesar. *Derecho Penal y acción significativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 29 y ss.

26. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas…*cit.*, p. 11.

27. VIVES ANTÓN. Tomás Salvador. Ley, lenguaje y libertad (sobre determinismo e indeterminismo). *Teoría y Derecho 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 187.

Depois dessa essencial matização amplamente exposta em suas duas edições dos *Fundamentos del sistema penal*, em seguida desliza para o que se pode tomar como um guia para aproximar-se melhor da questão central. Adverte Vives Antón[28] sobre o paradoxo de operar com um conceito unitário de ação, comum a todas as ações, que, de ser possível, teria que refletir algo que todas elas possuem em comum: um significado genérico dela e que deveria ser determinado antes de responder à pergunta sobre qual é a ação específica que se imputa. Ao que acrescenta que "ao não existir nada que todas as ações tenham em comum nem nenhuma classe de sentido genérico que todas elas realizem, o paradoxo se dissipa: a resposta à pergunta sobre se algo é ou não uma ação deve começar determinando de que ação específica se trata".

Ao aceitar-se a mencionada argumentação, a pergunta então não deveria ser se as pessoas jurídicas têm capacidade de ação, isto é, uma capacidade genérica de atuar de forma penalmente relevante; mais exatamente, se são capazes de realizar a ação típica específica que se ajuíza no caso concreto. E, portanto, para cada tipo delitivo analisado a resposta pode ser muito diferente, pois distinto será o sentido do substrato requerido em cada tipo de ação. De sorte que nos encontraremos com condutas que dificilmente poderemos afirmar que são realizadas de forma exatamente igual por uma pessoa física e por uma pessoa moral; ou, inclusive, que sequer possamos dizer que foram cometidas por essas últimas. Logo, a discussão sobre se o substrato psicológico ou ontológico unicamente pertence à conduta humana individual deve ser proposto, em todo caso, a respeito de cada comportamento conforme sua descrição típica, e não em relação a um *pré-jurídico* conceito geral de ação.

Agora, no modelo adotado pelo Código Penal Espanhol nessa reforma de 2010, parece desnecessário propor o problema da capacidade de ação das pessoas jurídicas, pois certamente o preceito não requer que estas *cometam* o delito diretamente. Porque, como já se reiterou, optou-se por uma técnica de transferência da responsabilidade penal, que sempre exige como pressuposto da responsabilidade penal da pessoa moral um fato delitivo anterior cometido por uma das pessoas físicas pertencentes ao círculo descrito na norma[29].

A respeito do segundo problema, a superação das concepções morais e psicológicas da culpabilidade, com um progressivo entendimento em termos normativos, tendente a comprovar a infração de um dever juridicamente exigível ao sujeito

28. VIVES ANTÓN. Tomás Salvador. Ley, lenguaje y libertad…*cit.*, p. 188.

29. Cf. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de empresas…*cit.*, p. 3; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas…*cit.*, p. 10.

nas circunstâncias em que cometeu o fato, são perfeitamente aplicáveis às pessoas jurídicas[30]. Sem questionar o anterior, novamente hei de insistir em que não dou por seguro que o critério de transferência legal do art. 31 bis CP chegue a requerer exatamente essa comprovação. O que, indubitavelmente, sim, é imprescindível é que o regime legal de atribuição de conteúdo nesse preceito respeite os postulados básicos dos *princípios de presunção de inocência e de culpabilidade*, isto é, de pessoalidade das penas e de responsabilidade individual (interdição da responsabilidade objetiva). E é aqui que, a meu juízo, concentram-se os problemas do novo regime. Problemas que, por outra parte, são os que sempre são debatidos no seio dos modelos de *transferência ou atribuição*, sejam *vicariantes* ou de *identificação*. Assim, pois, a novidade desse novo modelo nos obriga a estar atentos para que sua aplicação seja conforme com o conteúdo dos direitos fundamentais, em especial os relativos à legalidade, presunção de inocência, proporcionalidade e *ne bis in idem*.

Desde sempre se objetou a esses sistemas de transferência vulnerações de princípios gerais do Direito Penal, em particular os vinculados ao de culpabilidade, assim como sérias dificuldades aplicativas. O mais grave ao que se enfrenta o modelo de "responsabilidade vicariante estrita" é a denúncia de infração do princípio de responsabilidade pessoal, tendo em conta que se pode interpretar como um caso de "responsabilidade por fato de outrem (por fato alheio)". Nessa linha, afirma-se que, em virtude do princípio de pessoalidade, para que alguém cometa um delito é necessário que tenha realizado a conduta típica. De forma que, ainda que no âmbito do Direito privado e do Direito administrativo é possível estabelecer uma classe de responsabilidade vicariante, fundamentada na capacidade de que a atuação do representante produza consequências jurídicas à sociedade representada, isso não é admissível em Direito Penal, que sempre exige uma responsabilidade pessoal. Assim, a pessoa jurídica carece de capacidade de culpabilidade, ao menos no sentido requerido em nosso Código Penal, consistente em uma capacidade de compreensão e autodeterminação que unicamente possui a pessoa física. Daí que[31] conclua que "o modelo vicariante acolhido pelo legislador de 2010 rompe, por definição, o princípio de pessoalidade, porque a pessoa jurídica responde por um *fato alheio, pelo* fato que realiza a pessoa física".

Por outro lado, o modelo de *identificação é* criticado tendo em conta disfunções aplicativas, porque, ainda que se possa ajustar a estruturas empresariais

30. Nesse sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa…cit.*, p. 449 y ss.; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas…*cit.*, p. 315.

31. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas…*cit.*, p. 12.

pequenas, de tamanho reduzido e com estruturas hierárquicas lineares, em que o responsável concentra competência e informação, ressente-se fortemente diante das grandes sociedades nas quais sua estrutura é complexa, com diferenciação funcional e divisão de tarefas, o que dificulta extraordinariamente a individualização de responsabilidades. Ademais, não evita a sanção com relação a condutas isoladas de pessoas físicas, por mais que a companhia tenha adotado toda classe de medidas preventivas[32].

Não cabe dúvida que o modelo introduzido pela reforma de 2010 corresponde ao denominado de *atribuição*, seja entendido como de responsabilidade vicariante ou como de *identificação*. E, nesse sentido, estimo que, seja qual for dos dois, propõe idênticos problemas com relação ao princípio de culpabilidade, na medida em que em ambos late aparentemente a *responsabilidade por fato alheio ou por uma responsabilidade objetiva*. Isso é assim, volto a reiterar, porque o art. 31 bis CP não requer que as pessoas jurídicas "cometam" o fato delitivo, mas limita-se a assinalar que "serão responsáveis", sob certos pressupostos e circunstâncias, pelos fatos realizados por determinadas pessoas físicas vinculadas à sociedade. Nesse sentido, deve-se rechaçar todas as críticas vertidas enfocadas ao modelo de responsabilidade "direta" ou "por fato próprio".

Poderia então ser fundamentada a responsabilidade da pessoa moral em pressupostos diversos da própria comissão de um delito? Seria constitucionalmente legítimo sancionar penalmente a pessoa moral, ainda que esta não tivesse cometido um delito e, consequentemente, sem que pudesse ser dito que atuou típica, antijurídica e culpavelmente, conforme os preceitos do CP de 2010 que definiram a infração penal?

Nesse contexto, coincido com uma reflexão geral de Quintero Olivares[33], pois não deixa de ser um paradoxo as críticas que por sua vez censuram a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, porque na realidade não é uma pessoa, mas uma ficção do Direito; e, simultaneamente, afirmam que na responsabilidade penal das pessoas jurídicas violentam-se princípios e garantias penais nascidos para as pessoas naturais. Desde esse enfoque a questão resulta tão irresolúvel quanto improdutiva.

Também partilho plenamente da seguinte consideração da Circular 1/2011 da *Fiscalía General del Estado*, que por sua clareza transcrevo e subscrevo:

32. Cf. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de empresas…*cit.*, p. 3.

33. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas…*cit.*, p. 15.

> Em último termo, e se bem que é certo que a questão não deve ser resolvida apelando a um positivismo meramente formal –pois trata-se de uma matéria que pode levar implícitas profundas implicações dogmáticas-, a realidade é que, em um Estado Constitucional como o nosso, o fato de que o delito seja obra do ser humano, da pessoa jurídica ou de ambos, não se deve a razões ontológicas nem à própria natureza das coisas, mas a uma decisão de Direito positivo como principal ferramenta, que o es, de impulso e concreção de uma determinada política criminal (p. 9).

Na realidade, o texto do art. 31 bis CP recorda bastante os modelos já implantados em outros ordenamentos europeus, especialmente o britânico e o francês, consistentes em um sistema de *heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas*, indireta, subsequente ou derivada, que possibilita sancioná-las pelos delitos cometidos pelas pessoas físicas especificadas no preceito. Desenha-se assim uma construção equivalente à clássica "das atuações em nome de outro" e que veio sendo descrita como "*responsabilidade do fato pessoal por representação*" (Circular 1/2011 da FGE, p. 31). Com isso se possibilita uma responsabilidade da pessoa moral não independente, mas, sim, autônoma, suscetível de ser apreciada de forma exclusiva ou acumulada à da pessoa natural, mas sempre requerendo a atuação ilícita de alguma das pessoas físicas pertencentes ao círculo traçado na lei.

A reforma de 2010 não incorporou um modelo de imputação direta da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Porque, se tivesse escolhido esse incerto caminho, teria que ter desenhado toda uma arquitetura punitiva *ad hoc*, algo que manifestamente não fez. Tampouco variaram os critérios gerais de imputação do Código Penal, especialmente os contidos nos arts. 5 e 10, em que está a definição de delito, que permanecem incólumes e referidos ao comportamento de seres humanos. De modo que todos os mecanismos de imputação objetiva e subjetiva, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade continuam referidos à pessoa física. Na realidade, o legislador optou por uma via intermediária, mediante a qual cria uma sorte de *vínculo ou conexão normativa* entre a conduta delitiva das pessoas físicas descritas legalmente e a empresa a que servem. A constatação em cada caso da presença dessa conexão normativa resulta básica, pois constitui o autêntico fundamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Sem dúvida, tratou-se de um sistema de responsabilidade *vicariante ou de identificação*, mas isso não implica necessariamente que se instaure um instrumento de responsabilidade objetiva nem por fato alheio. A chave, portanto, descansa na exigência de aquilatar a concorrência dos requisitos específicos para poder efetuar a transferência de responsabilidade, isto é, para poder

fundamentá-la em critérios constitucionalmente legítimos. Entre esses requisitos, o substancial deve ser a "identidade de interesses"[34]. Esse mecanismo é claro no primeiro apartado do art. 31 bis 1º CP, na medida em que a transferência atende à equiparação entre as pessoas físicas que ostentam poder formal, material e funcional da corporação. Mas, para a atribuição de responsabilidade penal à pessoa moral, não basta que tenha *atuado* um representante legal ou um administrador, é necessário que o tenha feito "em nome e proveito" dela e que possa ser articulada uma relação nítida entre a conduta delitiva realizada e a atividade ordinária da empresa. E o mesmo se pode dizer do parágrafo segundo, ao requerer como fundamento da transferência de responsabilidade não ter exercido o "devido controle" por parte dos representantes ou administradores sobre os subordinados, dentro do exercício de atividades sociais, ou seja, ordinárias; e que a atuação tenha sido "por conta e em proveito" da empresa. E, finalmente, de modo expresso, exige una relação clara entre a comissão do delito e a falta do devido controle. Portanto, de novo late a ideia da "identidade de interesses".

Assim, nesse segundo parágrafo nem se instaurou um *sui generis* modelo de responsabilidade direta, nem se identificou com a presença ou cumprimento de códigos internos, nem, menos ainda, correspondeu ao velho axioma civil da *culpa in vigilando*. Esse último resulta especialmente incompatível com o texto legal a partir do momento que desenha uma responsabilidade a título de dolo, enquanto que aquela se constrói essencialmente desde a categoria da imprudência.

Em síntese, opino que os verdadeiros problemas dessa regulação não foram de natureza dogmática, mas constitucional. Os direitos fundamentais à legalidade e à presunção de inocência podem ser seriamente infringidos ao seguir aplicando automaticamente uma transferência de responsabilidade, eludindo comprovar todos e cada um dos pressupostos exigidos no art. 31 bis CP, ou presumindo sua presença sem uma atividade probatória suficiente. Isto é, de modo algum se poderia interpretar o preceito como um mecanismo de responsabilidade penal objetiva, mas, em todo caso, deveria demonstrar a concorrência dos requisitos legais de impregnação da pessoa jurídica, que são os que permitem fundamentar sua responsabilidade penal para além da responsabilidade individual das pessoas naturais.

Recorde-se que o Tribunal Constitucional espanhol – na mesma linha que outras jurisdições constitucionais europeias – reconheceu o exercício de

34. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*cit.*, p. 15.

determinados direitos fundamentais às pessoas morais, mas como um efeito reflexo do que possuem os indivíduos que as integram (v. gr. STC 139/1995). E, ao mesmo tempo, configurou o princípio de culpabilidade como princípio estrutural básico do Direito Penal (STC 150/1991), associado à ideia de dignidade (por exemplo, STC 59/2008), excluindo as penas exclusivamente sustentadas na pessoalidade do sujeito (*Direito penal de autor)* ou na mera produção do resultado (responsabilidade objetiva). Nenhuma dessas exigências encontra-se inserida no art. 31 bis CP. Não obstante, na medida em que reconheceu à pessoa moral direitos das pessoas naturais como um reflexo, terá que aquilatar ele mesmo sobre a exigência de que a responsabilidade penal é pessoal pelos fatos e subjetiva: só cabe impor uma pena ao autor do delito pela comissão do ilícito penal no uso de sua autonomia pessoal.

Finalmente, na medida em que o sistema descansa em uma atribuição de responsabilidade *do fato pessoal por representação*, poderia ver-se afetado o direito fundamental a não ser castigado duas vezes pelo mesmo fato, nos casos em que se comprove uma identidade absoluta e substancial entre o representante ou administrador e a pessoa moral, e não uma mera identidade de interesses. Ou seja, em casos de total acoplamento entre a vontade da pessoa natural e da pessoa jurídica, carentes de autêntica alteridade e diversidade de interesses. Aqui se produziria uma confusão de sujeitos e, inclusive, resultaria irrelevante a pessoalidade jurídica em certas figuras delitivas. A opção deveria ser castigar unicamente a pessoa física.

6. Referências bibliográficas

BUSATO, Paulo Cesar. *Derecho Penal y acción significativa.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (coord.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. T. S. Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. t. I.

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

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa. *La Ley*, *n. 7.670*, 11 de julio de 2011.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: DÍAZ-MAROTO (org.). *Estudios sobre la reforma del Código Penal*. Madrid: Civitas, 2001.

FOFFANI, Luigi. Bases para una imputación subjetiva de la persona moral: ¿hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?. *In*: BOIX/BERNARDI (coord.). *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*. Madrid: Iustel, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa. *In*: GÓMEZ-JARA (org.). *Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial*. Pamplona: Aranzadi, 2006.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MORALES PRATS, Fermín. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos. Estudios de Derecho judicial*. n. 155. Madrid: CGPJ, 2010.

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

ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. *Compendio de Derecho Penal*. Parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal. *Curso de incidencias de la reforma del Código Penal. Cursos de la Fiscalía General del Estado*. cendoj-publicaciones@cgpj.es. Texto eletrônico. Acesso em março de 2011.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal*. Granada: Comares, 2009.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva político-criminal y dogmática. *Tribuna*. n. 5. abril-junio 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho Penal y Criminología*. v. 29, n. 86-87, 2008.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VIVES ANTÓN. Tomás Salvador. Ley, lenguaje y libertad (sobre determinismo e indeterminismo). *Teoría y Derecho 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Societas delinquere non potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio). *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. n. 76. nov. 2010. 2010.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites no século XXI, de Cláudio Alberto Gabriel Guimarães – *Ciências Penais* 6/127-150 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/55-82 (DTR\2007\12);
- Controvérsias acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Isabella Cristiane Ferreira da Silva Santos – *ReDE* 16/275-289 (DTR\2016\21892); 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).

Lei Antiterrorismo no Brasil: análise do Quadro Normativo e Institucional

Anti-Terrorism Law in Brazil: analysis of the Legal and Institutional Framework

Paulo Henrique Faria Nunes
Professor e pesquisador na PUC Goiás e na Universidade Salgado de Oliveira.
Doutor em Ciências Políticas e Sociais (Université de Liège, Bélgica).
Mestre em Geografia (Universidade Federal de Goiás – UFG). Bacharel em Direito (UFG).
phfnunes@gmail.com

Daniela Anacleto Maciel
Acadêmica do curso de Relações Internacionais da PUC Goiás.
danielaanacleto7@gmail.com

Juliana Alves dos Santos
Acadêmica do curso de Relações Internacionais da PUC Goiás.
julianaalvesdossantos@live.com

Nayani Paula Rodrigues dos Santos
Acadêmica do curso de Relações Internacionais da PUC Goiás.
nanipaula19@gmail.com

Paola Dalla Nora Perin
Acadêmica do curso de Relações Internacionais da PUC Goiás.
paoladallanoraperin@gmail.com

Thalita Victória Ferreira Furtado
Acadêmica do curso de Relações Internacionais da PUC Goiás.
thalitavffurtado.tf@gmail.com

Recebido em: 15.07.2016
Aprovado em: 31.10.2016
Última versão dos autores: 14.12.2016

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Nunes, Paulo Henrique Faria; Maciel, Daniela Anacleto; Santos, Juliana Alves dos; Santos, Nayani Paula Rodrigues dos; Perin, Paola Dalla Nora; Furtado, Thalita Victória Ferreira. Lei Antiterrorismo no Brasil: análise do Quadro Normativo e Institucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 132. ano 25. p. 61-83. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017.

Resumo: O terrorismo é um crime que requer a cooperação interestatal em razão da dimensão transnacional que alcançou nas últimas décadas. Entretanto, ainda não existe uma definição legal universal. Assim, os Estados discutem a necessidade de prevenir e reprimir um delito indefinido. Este artigo analisa o quadro normativo e institucional brasileiro concernente ao combate ao terrorismo. O país ratificou os principais atos globais e regionais sobre o assunto e, recentemente, aprovou leis para coibir o financiamento e definir o crime de terrorismo. Isso ocorreu em virtude de pressões para a implementação das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas e das Recomendações da *Financial Action Task Force* (Gafi) e da realização de eventos internacionais no país, a exemplo das Olimpíadas em 2016. A adequação da legislação às diretrizes internacionais relativas ao financiamento foi uma decisão acertada, mas a definição de terrorismo adotada pela Lei antiterrorismo (Lei 13.260/2016) apresenta falhas e revela a tentativa do Brasil conciliar a aspiração de afirmar-se como *global player* e a tradicional política de neutralidade e preferência pelo *soft power*.

Palavras-chave: Terrorismo – Brasil – Crimes Internacionais – Segurança – Defesa.

Abstract: Terrorism is a delict that requires multilateral cooperation, moreover because of its transnational dimension. Nevertheless, there is no universal legal definition for terrorism. Hence, states discuss the necessity of prevent and punish an undefined delict. This article analyses the legal and institutional Brazilian framework concerning terrorism. Brazil ratified the main global and regional acts about this subject and, recently, has passed laws in an attempt to curb the financing and reach a legal definition. This is the consequence of the pressure for the implementation of the UNSC resolutions and FATF recommendations and the promotion of international events such as the Olympic Games (2016). The adequacy of the legal framework to the international guidelines concerning the financing of the terrorism was a good decision but the definition adopted by the antiterrorism law (n. 13.260/2016) is flawed and reveals the Brazilian purpose of harmonizing the aspiration to assert itself as a global player and the traditional policy of neutrality and preference for the soft power.

Keywords: Terrorism – Brazil – International Crimes – Security – Defense.

Sumário: 1. Introdução. 2. Terrorismo: aspectos gerais. 3. A estrutura institucional de combate e prevenção do terrorismo no Brasil. 4. A Lei antiterrorismo brasileira: um mal (des) necessário? 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Existe um consenso mundial acerca do risco que o terrorismo representa para a segurança interna e internacional no século XXI. Antes, os Estados consideravam os seus pares as principais ameaças e traçavam estratégias para definir, ainda que momentaneamente, seus aliados e adversários. A transição do século XX para o XXI, marcada pelo fim da Guerra Fria e pela globalização, não é somente um divisor temporal. Nesse momento, novos atores ganham espaço nas agendas nacionais relativas à segurança e à defesa e, posteriormente, constata-se que a cooperação internacional é imprescindível. Crimes transnacionais como tráfico de drogas, contrabando de armas, tráfico de seres humanos, terrorismo, não podem ser reprimidos sem diálogo e cooperação interestatal.

Nunes, Paulo Henrique Faria; Maciel, Daniela Anacleto; Santos, Juliana Alves dos; Santos, Nayani Paula Rodrigues dos; Perin, Paola Dalla Nora; Furtado, Thalita Victória Ferreira. Lei Antiterrorismo no Brasil: análise do Quadro Normativo e Institucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 132. ano 25. p. 61-83. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017.

O mesmo é válido para a resolução de problemas ambientais transfronteiriços (regionais e globais), ou questões comerciais (*v.g.* descaminho, violação de direitos de propriedade intelectual).

Este artigo dedica-se à análise do terrorismo no Brasil e, mais especificamente, do quadro normativo e institucional. A abordagem leva em consideração que, embora o país não seja alvo de ações terroristas nem apresente problemas políticos internos que favoreçam o surgimento de grupos terroristas, os contextos regional e global obrigam o governo brasileiro a aperfeiçoar as leis e os órgãos competentes de segurança e defesa nacional.

A história recente da América do Sul é marcada pela atuação de grupos paramilitares e promoção de atentados violentos contra alvos civis (*v.g.* Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia; Movimento Revolucionário Tupac Amaru e Sendero Luminoso (Peru); Movimento de Esquerda Revolucionária – Exército Guerrilheiro dos Pobres – MIR-EGP (Chile)). Uma vez que o Brasil é vizinho direto de todos os países sul-americanos, com exceção de Chile e Equador, o monitoramento das zonas fronteiriças é uma necessidade indiscutível.

Os notórios atentados de 11.09.2001, em Nova Iorque e Washington, intensificaram as discussões globais relativas ao terrorismo e suas fontes de financiamento. Não obstante, em que pese o discurso uníssono sobre a necessidade de reprimir esse crime contra a humanidade e de um grande número de atos normativos internacionais e nacionais sobre o tema, ainda não há uma definição universalmente aceita de terrorismo.

A primeira parte do trabalho é dedicada ao conceito de terrorismo no âmbito internacional. As duas outras seções são dedicadas à estrutura normativa e institucional brasileira. A seção dois cuida dos principais órgãos nacionais e de sua atuação. Finalmente, faz-se uma análise da Lei antiterrorismo brasileira (Lei 13.260/2016).

Para a elaboração deste trabalho, consultou-se a bibliografia especializada nacional e estrangeira. Além disso, pesquisou-se em fontes primárias como atos legais, projetos de leis, relatórios, decisões e resoluções de organismos internacionais. Ressalta-se, por último, o recurso ao direito comparado como ferramenta para melhor compreender e empreender uma análise crítica da Lei 13.260/2016.

2. Terrorismo: aspectos gerais

Política e medo são elementos indissociáveis. O exercício do poder pressupõe uma relação de subordinação, por mais que se busque legitimar democraticamente a organização política. O medo, ou o terror, é um instrumento de

aquisição e exercício de poder. Igualmente, pode ser uma ferramenta na luta contra um governo opressor, ou uma potência alienígena.

Hugo Grotius, ao analisar a origem do termo "território", cita o jurisconsulto Pomponius. Para este autor, cuja opinião não é a mais aceita, o vocábulo deriva "do TERROR da autoridade judicial exercida em cada país"[1]. Nicolau Maquiavel[2] lembra que é recomendável a um *príncipe* ser temido e amado, mas, caso não consiga as duas coisas, é melhor ser temido. Thomas Hobbes menciona igualmente o terror como um elemento fundamental para a ordem soberana: "graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles"[3].

As práticas terroristas, o emprego da violência com propósito político, é anterior à concepção de terrorismo. Na Idade Média, fanáticos religiosos recorreram a assassinatos políticos e exércitos e tropas mercenárias usavam a barbárie com o fim de atemorizar e facilitar a subjugação. A *Guerra dos Trinta Anos* (1618-1648) também foi marcada pela prática de atos interpretados como *terrorismo de Estado*. Não obstante, "o terrorismo moderno nasceu com a Revolução Francesa, e com ele a expressão 'terrorismo'"[4].

A definição jurídica de terrorismo e, consequentemente, o tratamento da matéria como crime, não é uma questão simples. O assassinato do rei Alexandre I da Iugoslávia e do ministro das relações exteriores francês – Louis Barthou – em 09.10.1934, por um terrorista croata, estimularam a produção de normas internacionais destinadas ao combate e à punição do terrorismo. Em 16.11.1937, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Terrorismo e a Convenção para a Criação de um Tribunal Penal Internacional foram adotadas em Genebra. O § 2º do art. 1º da primeira Convenção conceitua o terrorismo como "(...) atos criminosos dirigidos contra um Estado e destinados ou calculados para criar um estado de terror nas mentes dos indivíduos, ou de um grupo de pessoas ou da população em geral". Esses atos jamais entraram em

1. GROTIUS, Hugo. *The rights of war and peace including the law of nature and of nations*. Washington; London: M. Walter Dunne Publisher, 1901, p. 317.
2. MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
3. HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 144.
4. CHALIAND, Gerard; BLIN, Arnaud. Manifestations of terror through the ages. *In*: CHALIAND, Gerard; BLIN, Arnaud (Ed.). *The history of terrorism*: from Antiquity to al Qaeda. Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 2007, p. 92.

vigor em virtude de divergências sobre as regras concernentes à extradição que levaram a um número insuficiente de ratificações.

A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Terrorismo restringiu o alvo das ações aos *Estados*. O terrorismo está relacionado a algum conflito político, mas os alvos não são necessariamente estatais. Atualmente, admite-se majoritariamente que o terrorismo pressupõe a violência contra a população civil.

Um problema que ainda persiste é a apresentação de um *conceito* sem uma *definição*. Conforme o dispositivo transcrito, consideram-se terrorismo quaisquer "(...) atos criminosos dirigidos contra um Estado (...)". No entanto, adota-se universalmente o princípio da legalidade no direito penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (não há crime nem pena sem lei). Em um Estado de direito, a lei define as condutas criminosas e as respectivas penas.

No século XX, sobretudo após a criação da Organização das Nações Unidas, começa-se um processo de internacionalização do direito penal. São muitos os atos que definem condutas como crimes internacionais (*v.g.* tráfico de drogas, tráfico de animais silvestres, violência contra a mulher, tráfico de pessoas, escravidão). Porém, a definição legal permanece uma questão interna. A política antidrogas e a legislação de países como Brasil, Holanda e Indonésia são completamente distintas embora todos busquem reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes.

Os casos de crimes definidos internacionalmente com as respectivas penas são excepcionais e pressupõem a livre manifestação da vontade dos Estados em se obrigar. O *Estatuto do Tribunal Penal Internacional* (1998) apresenta claramente delitos (crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio) e penas. Muitas ações terroristas podem ser enquadradas na noção de crime contra a humanidade: "(...) ataque generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil (...)" (art. 7º, *caput*).

Ao longo do século XX e do atual, vários atos internacionais apresentaram conceitos sem que o mundo chegasse a uma *definição* universal de terrorismo. Dentre os principais instrumentos convencionais no âmbito das Nações Unidas, destacam-se: Convenção Relativa às Infrações e a Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves (1963); Convenção para a Repressão do Apoderamento Ilícito de Aeronaves (1970); Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1971); Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, Inclusive Agentes Diplomáticos (1973); Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns (1979); Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares (1980); Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos

Aeroportos que Prestem Serviços à Aviação Civil Internacional, complementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1988); Convenção para a Supressão de Atos Ilegais contra a Segurança da Navegação Marítima (1988); Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Situadas na Plataforma Continental (1988); Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas a Bomba (1997); Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999).

De caráter regional, merecem ser citadas: Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo (1977); Convenção da SAARC[5] sobre a Supressão do Terrorismo (1987); Convenção da União Africana sobre a Prevenção e Combate ao Terrorismo (1999); Tratado da Comunidade dos Estados Independentes sobre Cooperação no Combate ao Terrorismo (1999); Convenção de Xangai sobre o Combate ao Terrorismo, ao Separatismo e ao Extremismo (2001)[6]; Convenção Interamericana contra o Terrorismo (2002); Convenção do Conselho de Cooperação dos Estados Árabes do Golfo sobre a Luta contra o Terrorismo (2004); Convenção sobre a Luta contra o Terrorismo na África Central (2005); Convenção da ASEAN sobre a Luta contra o Terrorismo (2007).

Nota-se que, a partir dos anos 1970, começa um intenso processo de discussão e negociação a fim de chegar-se a uma definição consensual. O terrorismo, como visto acima, não é algo novo. Grupos de diversos países já recorriam a essa prática nas primeiras décadas do século XX, a exemplo do israelense Irgun Zvai Leumi, Exército Republicano Irlandês (IRA) e Euskadi Ta Askatasuna (ETA – *Pátria Basca e Liberdade*). Esses movimentos têm em comum a luta para a constituição de um Estado soberano e suas ações estavam concentradas em uma área limitada.

A partir dos anos 1960, membros de grupos insurgentes e/ou terroristas começam a trocar informações e a trabalhar em cooperação[7]. Esse intercâmbio ocorre principalmente entre facções europeias (*v.g.* Baader-Meinhof) e organizações do Oriente Médio e norte da África. Assim, o terrorismo torna-se um problema transnacional, o que demanda a ação coordenada entre órgãos e agências de segurança e defesa.

5. SAARC: *South Asian Association for Regional Cooperation*.

6. A Organização de Cooperação de Xangai é constituída por China, Cazaquistão, Quirguistão, Rússia, Tadjiquistão e Uzbequistão. Disponível em: [www.sectsco.org].

7. Sugere-se a leitura da biografia de Ilich Ramirez Sánchez, conhecido como *Carlos, o Chacal* (FOLLAIN, John. *Jackal*: the complete story of the legendary terrorist, Carlos the Jackal. New York: Arcade Publishing, 1998).

A revisão dos acordos citados extrapolaria os limites de um artigo. No entanto, é possível indicar a principal dificuldade no estabelecimento de uma definição formal para terrorismo: trata-se de um *crime-fim*, que depende de um *crime-meio*. Provocar um incêndio ou causar uma explosão é crime contra a incolumidade pública (arts. 250 e 251 do Código Penal – Decreto-Lei 2.848/1940), mas não é necessariamente um ato terrorista. Isso só ocorrerá quando houver o preenchimento de certos requisitos.

Stephen Nathanson aponta quatro elementos essenciais para caracterizar o terrorismo[8]:

> 1. They are acts of serious violence.
> 2. They are committed in order to advance a political goal.
> 3. They generally target limited numbers of people in order to influence a wider audience of ordinary people and/or public decision-makers.
> 4. They intentionally kill and injure innocent people.[9]

Vale acrescentar aos itens indicados por Stephen Nathanson, o uso psicológico da violência e a finalidade de chamar a atenção para uma causa: *progapanda by deed* ("propaganda pela ação"[10]).[11] O ataque deliberado e intencional a

8. Encontra-se uma ampla coleção de conceitos de terrorismo em WHITTAKER, David J. (Org.). *Terrorismo*: um retrato. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2005.
9. NATHANSON, Stephen. Terrorism and the ethics of war. *In*: LEE, Steven P. (Ed.). *Intervention, terrorism and torture*: contemporary challenges to just war theory. Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2007, p. 172.
10. MERARI, Ariel. Terrorism as strategy of insurgency. *In*: CHALIAND, Gerard; BLIN, Arnaud (Ed.). *The history of terrorism*: from Antiquity to al Qaeda. Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 2007, p. 12-51.
11. Em um discurso proferido em 15.07.1985, a ex-primeira ministra britânica pronunciou-se sobre o uso dos meios de comunicação por terroristas:
"The terrorist uses force because he knows he will never get his way by democratic means.
Through calculated savagery, his aim is to induce fear in the hearts of people. And weariness towards resistance.
In this evil strategy, the actions of the media are all important. For newspapers and television, acts of terrorism inevitably make good copy and compelling viewing. The hijacker and the terrorist thrive on publicity: without it, their activities and their influence are sharply curtailed. There is a fearful progression, which the terrorists exploit to the full. They see how acts of violence and horror dominate the newspaper columns and television screens of the free world. They see how that coverage creates a natural wave of sympathy for the victims and pressure to end their plight no matter

não combatentes é um dos elementos mais marcantes desse delito (BELLAMY, 2009). Assim, por mais que a ação esteja inserida em um contexto de luta política, há uma tendência de não equipará-la aos demais crimes políticos. A *Declaração sobre medidas para eliminar o terrorismo internacional*, adotada pela Assembleia Geral em dezembro de 1994 (resolução 49/60), considera os atos terroristas "(...) injustificáveis em todas as circunstâncias, quaisquer que sejam as considerações políticas, filosóficas, ideológicas, raciais, étnicas, religiosas ou de qualquer outra índole (...)".

Apesar da preocupação com o terrorismo, a *Guerra Fria* foi um período de tensão aberta entre Estados ou blocos de Estados. Os dois lados recorreram ao financiamento de grupos paramilitares, que também praticavam ações terroristas, como instrumento de intervenção indireta[12]. O fim da *Guerra Fria* e a globalização transformaram a percepção estatal sobre as ameaças globais, consequentemente, os crimes transnacionais ganham paulatinamente espaço nas agendas de segurança e, dentre eles, o terrorismo.

A guerra tradicional, por séculos a preocupação predominante da política de defesa, cede paulatinamente lugar para as "ameaças não tradicionais". Esse fenômeno foi intensificado após os atentados de 11.09.2001, em Nova Iorque e Washington. O ataque contra a principal potência mundial acelerou a produção de resoluções do Conselho de Segurança da ONU (CS) e aumentou a pressão sobre os países-membros para a adoção de medidas concretas no enfrentamento do financiamento ao terrorismo. De setembro de 2001 até o final de 2015, o CS aprovou mais de 30 resoluções sobre o assunto[13].

O Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou as resoluções 1.368 e 1.373 logo após os atentados contra o *World Trade Center* e o Pentágono.

---

what the consequence. And the terrorists exploit it. Violence and atrocity command attention. We must not play into their hands". (Disponível em: [www.margaretthatcher.org/document/106096]. Acesso em: 15.05.2016).

12. "[A] intervenção é um ato individual ou coletivo praticado contra um Estado soberano com o fim de impor em seu território, por quaisquer meios, a vontade do(s) interventor(es) ou de submetê-lo a este(s) na condução de seus assuntos externos. Em suma, trata-se de um ato antijurídico, uma intromissão ou ingerência que viola, em tempo de paz, a soberania" (NUNES, Paulo Henrique Faria. *Direito internacional público*: introdução crítica. Curitiba: Juruá, 2015, p. 285). Quando o agente interventor recorre a terceiros para atingir o fim almejado, tem-se a intervenção indireta.

13. As resoluções do Conselho de Segurança da ONU referentes ao terrorismo estão em: *Counter-Terrorism Committee*. Disponível em: [www.un.org/en/sc/ctc/resources/res-sc.html].

Os dois instrumentos instam os Estados a adotar medidas legais para punir o terrorismo, bem como a prestação de apoio e o financiamento. Nesse mesmo contexto, criou-se um Comitê Antiterrorismo para supervisionar a implementação das resoluções. O ponto mais controverso dessa discussão é a linha tênue que separa facções terroristas de grupos insurgentes e beligerantes pois, frequentemente, ambos invocam o princípio da autodeterminação dos povos para legitimar suas lutas.

De forma geral, entende-se que as organizações terroristas atuam por meio de células descentralizadas e direcionam suas ações, predominantemente, a alvos civis. Grupos insurgentes e beligerantes têm uma estrutura semelhante às forças armadas estatais. Entretanto, o problema torna-se mais complexo quando forças paramilitares recorrem ao terrorismo. Segundo Nathanson,

> If freedom fighters try to achieve their goals through nonviolent tactics or attacks on military personnel, then they are not using terrorist means to fight for freedom, but if they commit serious acts of violence against innocent people, they are using terrorist tactics.[14]

A diferença fundamental é que o insurgente (*freedom fighter*) luta contra um Estado soberano com o objetivo de alcançar autonomia política ou mudar a ordem vigente, ao passo que o terrorista usa como alvo a população civil de forma a coagir um Estado ou mesmo toda a comunidade internacional.

Tanto a ação de grupos armados contra o Estado quanto o terrorismo são duramente reprimidos. A Constituição brasileira considera as duas situações crimes inafiançáveis (art. 5º, incisos XLIII e XLIV). Além disso, dentre os princípios que regem as relações internacionais, o Brasil reconhece o repúdio ao terrorismo (art. 4º, VIII). O insurgente tem *status* de combatente reconhecido internacionalmente e pode ser beneficiado com a concessão de asilo político. A prática de atos terroristas, mesmo por pessoas envolvidas em uma luta legítima, impede a invocação da não extradição por crime político (art. 5º, LII, da CF).

Desde a fracassada Convenção de 1937, a sociedade internacional não conseguiu produzir uma definição jurídica universal de terrorismo. A Assembleia Geral da ONU aprovou, em setembro de 2006, a Estratégia Global

14. NATHANSON, Stephen. Terrorism and the ethics of war. *In*: LEE, Steven P. (Ed.). *Intervention, terrorism and torture*: contemporary challenges to just war theory. Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2007, p. 174.

Antiterrorismo (resolução 60/88[15]). Os Estados-membros comprometem-se, nos considerandos do documento, a envidar esforços para se chegar a uma convenção sobre terrorismo internacional, incluindo-se uma definição legal. Evidentemente, os países têm autonomia para regulamentar internamente a matéria, mas leis diferentes podem levar a interpretações conflitantes.

O Congresso Nacional aprovou recentemente a Lei 13.260/2016 que define o terrorismo no Brasil, tema da seção três deste artigo. A seção seguinte apresenta os principais órgãos brasileiros que atuam no combate ao terrorismo.

3. A estrutura institucional de combate e prevenção do terrorismo no Brasil

O terrorismo é uma questão que diz respeito simultaneamente à *segurança pública* e à *defesa nacional*. Essa, tal qual a repressão ao narcotráfico e outros crimes transnacionais, é uma das questões que mais suscitam debates relativos à atuação do Estado e dos seus órgãos internos. Ademais, em virtude da atuação transnacional de organizações terroristas, a cooperação internacional requer a coordenação de ações dos órgãos nacionais com entidades estrangeiras e intergovernamentais.

Inicia-se esta seção com uma breve apresentação dos conceitos acima mencionados e dos órgãos brasileiros dedicados à prevenção e ao combate às ameaças terroristas. *Defesa nacional* é o conjunto de políticas e ações concernentes à defesa do território pátrio e dos princípios fundamentais e/ou sensíveis da ordem política democrática (soberania, independência dos poderes constitucionais, organização político-administrativa, democracia, direitos fundamentais). As Forças Armadas, conforme o art. 142 da Constituição Federal (CF), são encarregadas dessa tarefa.

Em um Estado democrático de direito, o titular da soberania é o povo. Portanto, as Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) são submetidas a um *controle civil*, cujo comando formal é exercido pelo Presidente da República. E, ainda assim, diante de situações mais graves (*v.g.* declaração de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção da União nos Estados federados ou no Distrito Federal[16]), o poder decisório é compartilhado com o Poder Legislativo, que deverá autorizar o Chefe do Executivo ou referendar sua decisão.[17]

15. Nos anos subsequentes, aprovaram-se as Resoluções 62/272, 64/297 e 66/282 concernentes à Global Counter-Terrorism Strategy.

16. Cf. os arts. 34-36 e 136-139 da Constituição Federal.

17. Cf. o art. 49, II e IV da Constituição Federal.

Registra-se que os comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica exercem uma relevante função consultiva e são membros natos do Conselho de Defesa Nacional. Esse órgão, assim como o Conselho da República, deve ser obrigatoriamente ouvido pelo Presidente da República antes de decretar intervenção e estado de defesa, ou solicitar autorização para decretar estado de sítio, declarar guerra ou celebrar a paz.[18]

Do ponto de vista constitucional, a *segurança pública*, em linhas gerais, é o conjunto de políticas e ações com o propósito de garantir a integridade das pessoas e de seu patrimônio, a tranquilidade e a harmonia social. Trata-se de um dever do Estado e um direito-dever do cidadão. Conforme o art. 144, o Poder Público exerce esse múnus por meio dos seguintes órgãos: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Os três níveis político-administrativos têm funções próprias no sistema de segurança pública. A Polícia Civil e a Polícia Militar estão vinculadas aos governos estaduais; e os municípios podem constituir guardas municipais com o fim de proteger o patrimônio público.

Tradicionalmente, o conceito de defesa remete às ameaças externas ou às perturbações domésticas de grandes proporções; a segurança, por outro lado, é atinente à ordem interna. Não obstante, essa divisão rígida já não atende à realidade pois, cada vez mais, verifica-se a necessidade de coordenação dos órgãos de segurança e defesa.

A *Política Nacional de Defesa* (PND), aprovada pelo Decreto 5.484/2005[19], retrata a preocupação do governo brasileiro e apresenta conceitos em sintonia com as novas ameaças e desafios no item 1.4:

> Para efeito da Política de Defesa Nacional, são adotados os seguintes conceitos:
>
> I – Segurança é a condição que permite ao País a preservação da soberania e da integridade territorial, a realização dos seus interesses nacionais, livre de pressões e ameaças de qualquer natureza, e a garantia aos cidadãos do exercício dos direitos e deveres constitucionais;
>
> II – Defesa Nacional é o conjunto de medidas e ações do Estado, com ênfase na expressão militar, para a defesa do território, da soberania e dos interesses nacionais contra ameaças preponderantemente externas, potenciais ou manifestas.

18. Cf. os arts. 89-91 da Constituição Federal.

19. Cf. também a *Estratégia Nacional de Defesa* (Decreto 6.703/2008).

As ações tendentes à defesa nacional têm ênfase na expressão militar e visa preservar o país contra *ameaças preponderantemente externas*. Deduz-se, portanto, que as Forças Armadas são o principal instrumento na política de defesa nacional, mas não o único; e os riscos não são oriundos unicamente do exterior. O terrorismo é um dos problemas que requerem a ação coordenada dos órgãos de segurança e defesa.

Dentre os componentes da *Segurança Pública* no Brasil, a Polícia Federal (PF) é a instituição com vocação natural para lidar com o terrorismo, uma vez que ela é responsável por "apurar infrações penais contra a ordem política e social (...), assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional (...)" (art. 144, § 1º, I, da CF) e "exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União" (art. 144, § 1º, IV, da CF). Além disso, a PF atua no policiamento marítimo, aeroportuário e fronteiriço, o que a aproxima fisicamente das Forças Armadas.

Por ser atualmente um fenômeno transnacional, o terrorismo requer a ação coordenada dos órgãos de segurança e defesa. A rigor, o problema não afeta diretamente o Brasil ou a América Latina, mas isso não muda a necessidade de prevenção em relação a futuras ameaças. Conquanto o país não seja alvo direto de grupos terroristas, crimes a eles vinculados são presentes no território nacional, a exemplo do narcotráfico e do contrabando de armas de fogo. Ademais, não se pode menosprezar que o Brasil – dadas as suas dimensões física, política, econômica e militar – é o maior *player* na América do Sul. A grande extensão territorial, o número expressivo de embaixadas estrangeiras e organismos intergovernamentais e a presença de investimentos de grupos transnacionais colocam o país em visibilidade no cenário internacional, o que traz consigo a necessidade de adoção de medidas antiterroristas e o engajamento em iniciativas multilaterais sobre a matéria.

A PF é o representante da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) no Brasil. Na sua estrutura, o Comando de Operações Táticas, instituído em 1988, lida diretamente com as ações contraterroristas[20]. Os membros desse comando de elite são responsáveis pela execução de tarefas de inteligência policial de natureza preventiva e atuam em coordenação com outros

20. Cf. CEPIK, Marco Aurélio. Combate ao terrorismo e Estado no Brasil: avaliação crítica e sugestões preliminares. *In*: HERZ, Mônica; AMARAL, Arthur Bernardes do (Org.). *Terrorismo e relações internacionais*: perspectivas e desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Loyola, 2010, p. 121-145; JACINI, Wantuir Francisco Brasil. Terrorismo: atuação da Polícia Federal. *Revista CEJ*. Brasília, n. 18, p. 74-82. jul.-set.2002.

órgãos – Agência Brasileira de Inteligência (Abin), Interpol, Forças Armadas, secretarias estaduais de segurança pública[21].

A Abin atua em conjunto com os órgãos do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) e busca, por meio dos adidos de inteligência[22], o intercâmbio de informações. A agência elenca sinais que possam evidenciar intenções de atos terroristas no país, o que consequentemente facilita a identificação e monitoramento de suspeitos de envolvimento com organizações extremistas. Além disso, o órgão é o representante do Brasil no Comitê Interamericano contra o Terrorismo (CICTE) e no Foro Especializado em Terrorismo (FET) da Reunião de Ministros do Interior do Mercosul e Estados Associados.

A integração das entidades de inteligência, defesa e segurança para uma atuação multifacetada de repressão é imprescindível. Para isso, faz-se necessário precisar as atribuições de cada instituição, a fim de que, na prática, a duplicação de esforços dê lugar a uma complementaridade entre elas[23].

Em abril de 2016, o Ministério da Defesa, a Polícia Federal e a Abin anunciaram a formação do Comitê Integrado de Enfrentamento ao Terrorismo, ao qual serão incorporados militares das três forças armadas, policiais e oficiais de inteligência, capacitados em precaver, insurgir e revidar intimidações. Esse esforço pioneiro, seguido pela lógica da contingência, deve ser entendido como uma missão de futuro, visto que uma plataforma sólida de cooperação para o gerenciamento de medidas de prevenção e repressão é o alicerce de um eficiente programa contraterrorista.

Registra-se ainda que o Brasil integra o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi[24]), cuja presidência lhe foi incumbida no período de julho de 2008 a junho de 2009. No terceiro trimestre de 2014, o país sofreu críticas por não se associar à coalizão internacional contra o Estado Islâmico, sob o argumento de ser contrário a intervenções militares como forma de combate. À mesma época, já bem próximo dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro, o Gafi cobrou do governo brasileiro a

21. Cf. JACINI, Wantuir Francisco Brasil. *Op. cit*.

22. Conforme o art. 7 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961), "(...) o Estado acreditante poderá nomear livremente os membros do pessoal da Missão. No caso dos adidos militar, naval ou aéreo, o Estado acreditado poderá exigir que seus nomes lhe sejam previamente submetidos para efeitos de aprovação".

23. CUNHA, C. L. M. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010.

24. Disponível em: [www.fatf-gafi.org].

adoção de leis com punições específicas para o financiamento do terrorismo. O não cumprimento dessas diretrizes acarretaria a inclusão do país em uma "lista negra" e a classificação do seu sistema financeiro como de "alto risco".

Esse contexto leva à necessidade de se discutir a revisão do sistema jurídico brasileiro a fim de harmonizá-lo com as diretrizes internacionais antiterroristas. A realização de grandes eventos internacionais no Brasil torna o país alvo de críticas e pressões.[25] A seção seguinte analisa a nova *Lei Antiterrorismo* (Lei 13.260/2016).

4. A Lei antiterrorismo brasileira: um mal (des)necessário?

Como afirmado anteriormente, a proximidade dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro foi uma boa oportunidade para o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento ao Terrorismo (Gafi) exigir do Brasil a adoção de uma legislação mais rígida em relação ao financiamento do terrorismo. O Gafi foi criado em 1989, quando ocorreu realização da cúpula do G-7 em Paris, com o objetivo inicial de promover políticas tanto nacionais quanto internacionais de combate à lavagem de dinheiro. Para atingir esse propósito, adota *recomendações*. A "produção normativa" logo após sua criação foi bem intensa e, ainda em 1990, já havia 40 recomendações. Após os atentados de 11.09.2001, a agenda do Gafi conferiu mais destaque ao financiamento do terrorismo[26]. Das 40 recomendações, quatro cuidam especificamente do terrorismo[27]: n. 5 (*Terrorist financing offence*), n. 6 (*Targeted financial sanctions related to terrorism and terrorist financing*), n. 7 (*Targeted financial sanctions related to proliferation*) e n. 8 (*Non-profit organisations*).

Os Jogos Olímpicos são um evento global com a presença de muitos chefes de Estado, atletas de renome mundial e, evidentemente, turistas estrangeiros. Isso requer, naturalmente, a adoção de medidas de segurança. Vale destacar que os jogos de Munique (1972) e Atlanta (1996) foram marcados por ataques terroristas.

25. Entre os eventos sediados no Brasil nas primeiras décadas do século XXI, destacam-se os seguintes: 11ª Sessão da UNCTAD (2004), Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (2012), Copa do Mundo (2014), 2ª Conferência Global de Alto Nível sobre Segurança no Trânsito (2015) e as Olimpíadas (2016), que tornam o país alvo de críticas e pressões.
26. As recomendações do GAFI foram revisadas em 1996 e 2003.
27. FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*: the FATF recommendations. Paris: FATF, 2012.

Muitos atos que podem ser classificados como terrorismo são crimes contra a incolumidade pública previstos no Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940[28]), a exemplo de causar incêndio, provocar explosão ou usar gás asfixiante. Não obstante, a intenção do autor é atingir a ordem política por meio de ações violentas dirigidas contra a população civil.

A discussão de uma Lei antiterrorismo no Brasil não é uma questão nova. No início dos anos 1980, o assunto já era intensamente discutido em virtude do contexto político dos anos 1960 e 1970, marcados pela existência de atentados contra agentes diplomáticos estrangeiros e grupos revolucionários contrários à ditadura que se instalou em 1964.

Em 1980[29], constituiu-se uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para debater a *escalada da ação terrorista no país*. À época, não havia consenso quanto à necessidade de uma legislação específica pois já existia uma lei de crimes contra a segurança nacional (Lei 6.620/1978).

O relatório da CMPI[30], aprovado em agosto de 1983, apresenta declarações e depoimentos de várias autoridades. Dentre elas, são dignas de nota as palavras do Cel. Moacir Coelho, então Diretor do Departamento de Polícia Federal:

> A fase da luta armada (1968-1972) encontrou as Polícias Federal e Estadual totalmente despreparadas para se oporem aos guerrilheiros urbanos e terroristas.
>
> Esse despreparo dos policiais obrigou o prematuro engajamento das Forças Armadas em ações tipicamente policiais. Foi uma exigência inevitável mas que acarretou pesado desgaste àquelas Forças e motivou acirradas críticas dos adeptos dos guerrilheiros e terroristas.
>
> Se a criação de algum grupo especial de combate ao terrorismo se revelar necessário que seja integrante da própria polícia.
>
> Não há necessidade de uma lei, afora a da Segurança Nacional[31], para combater o terrorismo.
>
> Não mantemos ligações com órgãos estrangeiros a respeito do terrorismo.

28. Cf. os arts. 250-259.
29. A CPMI foi proposta por iniciativa do senador Franco Montoro e do deputado Euclides Scalco (Requerimento (CN) 78/1980). A relatoria ficou a cargo do deputado Ítalo Conti.
30. *Relatório da CPMI destinada a examinar a escalada da ação terrorista no país*. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194596]. Acesso em: 15.05.2016.
31. Cf. a Lei 1.802/1953. Especialmente os artigos 4º e 16, que fazem referência ao *terror*.

Pouco meses após a conclusão dos trabalhos da CPMI, o Congresso Nacional aprovou a *Lei de Crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social* (7.170/1983), que menciona o terrorismo no art. 20:

> Art. 20. Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.
>
> Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.
>
> Parágrafo único – Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

A Lei cita o terrorismo sem defini-lo, embora indique a causa e o propósito: *inconformismo político* e *obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas*. A ausência de uma definição manteve aceso o debate sobre a necessidade de uma legislação mais explícita, sobretudo a partir dos anos 1990. Entretanto, o mundo mudou muito após a Guerra Fria. Antes, o terrorismo era uma preocupação interna e ligada a "grupos políticos subversivos"; no fim do século XX, o terrorismo começa a ganhar os contornos que o caracterizam no século XXI, sobretudo o caráter transnacional.

Muitos projetos de lei sobre o assunto tramitam no Congresso Nacional. A maioria busca definir ou tipificar o terrorismo; dois deles visam instituir um *dia nacional de repúdio ao terrorismo* (PL 5.791/2001 e PL 4.071/2004). Muitos apresentam definições que não são adequadas à conjuntura atual ou pecam por distorcer a noção de terrorismo. Verifica-se, muitas vezes, uma confusão entre organizações terroristas, grupos paramilitares e movimentos sociais. Cepik, ao analisar o PL 6.764/2002, alerta que

> [e]m termos de mudança de enfoque na legislação, creio que é preciso reverter a tendência inercial da legislação infraconstitucional brasileira em definir o crime de terrorismo em termos que o aproximam da dissidência política, da rebelião social ou da subversão armada. Presente já no Código Penal de 1940, essa tendência aprofundou-se com a Lei de Segurança Nacional de 1983 e alcançou sua expressão mais acabada no já mencionado Projeto de Lei 6.764/2002.[32]

32. O PL 6.764/2002 visa incluir no Código Penal um título sobre os *crimes contra o Estado democrática de direito* e assim define o terrorismo: "[p]raticar, por motivo de facciosismo político ou religioso, com o fim de infundir terror, ato de: I – devastar, sa-

> Note-se a quantidade de situações que poderiam ser encaradas como atentados terroristas sob essa caracterização, inclusive a ocupação temporária e parcial de prédios públicos. As penas previstas para o crime de terrorismo nesse Projeto De Lei vão de dois a 14 anos (se o ato resultar em morte). Esse tipo de definição foi elaborado muito mais tendo em vista o Movimento dos Sem Terra (MST) do que a Al-Qaeda e nos parece não levar em conta a especificidade multifacetada do terrorismo contemporâneo e tampouco a severidade dos impedimentos que se colocam a uma tentativa de apreensão doutrinária e meramente normativa desse tipo de ameaça (sic.).[33]

Em atendimento às recomendações do Gafi e resoluções do Conselho de Segurança (CS) da ONU, aprovou-se a Lei 13.170 em outubro de 2015, cujo objetivo central é o rastreamento e o bloqueio em território nacional de bens e ativos pertencentes a pessoas e organizações ligadas ao terrorismo. Essa lei também busca harmonizar o sistema legal brasileiro à Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999).

Embora a prevenção e a repressão ao terrorismo sejam questões mais urgentes do que a definição, o Congresso Nacional aprovou a *Lei Antiterrorismo* em março de 2016 (Lei 13.260). Essa norma apresenta uma definição genérica e elenca algumas ações consideradas terrorismo:

> Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.
>
> § 1º São atos de terrorismo:
>
> I – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

---

quear, explodir bombas, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, causando perigo efetivo ou dano a pessoas ou bens; ou II – apoderar-se ou exercer o controle, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, de meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população".

33. CEPIK, Marco Aurélio. Combate ao terrorismo e Estado no Brasil: avaliação crítica e sugestões preliminares. *In*: HERZ, Mônica; AMARAL, Arthur Bernardes do (Org.). *Terrorismo e relações internacionais*: perspectivas e desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Loyola, 2010, p. 142.

> II – (VETADO);
>
> III – (VETADO);
>
> IV – sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;
>
> V – atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:
>
> Pena – reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.
>
> § 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

Algumas considerações devem ser feitas sobre o dispositivo acima. Primeiramente, o *caput* do art. 2º desvincula o terrorismo das lutas políticas. Em segundo lugar, a motivação apresentada se aproxima muito do crime de genocídio, cuja definição se encontra no art. 2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948) e no art. 6º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998).[34]

Tudo leva a crer que o país buscou atender às resoluções do Conselho de Segurança e recomendações do Gafi sem comprometer a relação com países, ou grupos de países, que relutam em associar o terrorismo às lutas emancipatórias. Esse é um ponto delicado para muitos Estados do Oriente Médio dos quais o Brasil vem se aproximando comercial e politicamente desde o início deste século. Vale também ressaltar que, em dezembro de 2010, Luís Inácio

34. Cf. os decretos de promulgação de n. 30.822/1952 e 4.388/2002. Lê-se no art. 6º do Estatuto do TPI que "entende-se por 'genocídio', qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso". O artigo II da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio apresenta redação quase idêntica.

Lula da Silva reconheceu a Palestina como Estado.[35] O país aspira ser reconhecido como potência global, mas não deseja associar sua imagem ao *hard power* ou às políticas intervencionistas.

A Lei 13.260/2016 foi promulgada com 8 vetos. No tocante ao art. 2º, os dispositivos vetados diziam respeito aos seguintes crimes: "II – incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado" e "III – interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática ou bancos de dados". Na mensagem 85/2016, lê-se que objeções foram feitas por vários ministérios (*Justiça* e *Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos*[36]). A razão principal é a redação por demais ampla e imprecisa.

A nova Lei também considera crimes a promoção, a criação, o auxílio, a participação e o financiamento de organizações terroristas. A tentativa (*trabalhos preparatórios*) é igualmente tratada como delito. Não obstante, a Presidência da República vetou dispositivos a fim de preservar a liberdade de expressão, bem como os princípios da *proporcionalidade* e da *individualização* da pena.

O novo marco legal brasileiro não é um fato isolado. Dentre os países sul-americanos, o Brasil foi o último a adequar sua legislação às recomendações do Gafi e resoluções do CS da ONU. O quadro abaixo permite verificar esse atraso por parte das autoridades brasileiras:

LEGISLAÇÃO ANTITERRORISMO NA AMÉRICA DO SUL

Argentina	Lei 26.734/2011 (alteração do Código Penal – CP): considera o "propósito de aterrorizar a população" agravante dos crimes previstos no CP
Bolívia	Lei 170/2011 (alteração do Código Penal)
Brasil	Lei 13.170/2015; Lei 13.260/2016
Chile	Lei 18.314/1984 (alterada pelas Leis 18.937/1990, 19.027/1991, 19.806/2002, 19.906/2003, 20.074/2005, 20.467/2010, 20.519/2011, 20.830/2015)
Colômbia	Código Penal (2000)

35. Por meio da Lei 12.292, de 20.07.2010, o Congresso Nacional autorizou o Poder Executivo a doar 25 milhões de reais à Autoridade Palestina para a reconstrução de Gaza.

36. Logo após o afastamento da presidente Dilma Roussef em razão da abertura do processo por crime de responsabilidade no Senado Federal, o vice-presidente Michel Temer editou a medida provisória (MP) 726 aos 12.05.2016. Esta MP extingue o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos.

Equador	Código Penal (2014)
Guiana	*Anti-Laundering Money and Countering the Financing of Terrorism Act* (2009); *Anti-Terrorism and Terrorist Related Activities Act* (2015)
Paraguai	Lei 4.024/2010
Peru	Decreto-Lei 25.475/1992
Suriname	Código Penal (1910) alterado em julho de 2011
Uruguai	Lei 17.835/2004
Venezuela	*Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo* – 2012

Debates semelhantes aos ocorridos no Brasil nos anos 1980 aconteceram em alguns países vizinhos na mesma época. Nota-se que o Chile possui uma Lei antiterrorismo desde 1984. Embora o atual Código Penal colombiano seja de 2000, o de 1980 já tipificava o terrorismo (art. 187). O Peru, em virtude do combate a grupos extremistas (*v.g.* Sendero Luminoso), aprovou legislação específica no governo Fujimori; entretanto, alguns dispositivos foram declarados inconstitucionais no início deste século. O caso brasileiro é apenas mais um no subcontinente e no mundo.

Percebe-se que o Brasil evitou uma redação que possa implicar violação de direitos humanos e fundamentais e, consequentemente, acarretar a responsabilidade internacional do país[37]. Deve-se, igualmente, ter em mente que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condenou o Chile em 2014 por aplicar a legislação antiterrorismo a dirigentes Mapuche (caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*[38]).

Os reclamantes chilenos foram condenados por "incêndio terrorista". Contudo, a ação estava envolvida em uma luta por demarcação de terra indígena. Situação semelhante poderia ocorrer no Brasil, a exemplo de protestos decorrentes da construção de barragens (*v.g.* Belo Monte), conflitos entre índios e garimpeiros ou produtores rurais.

Constata-se, portanto, um aspecto positivo na Lei 13.260/2016: evitar problema semelhante ao ocasionado pela aplicação da Lei chilena. No entanto,

37. PIOVESAN, Flávia. Terrorismo e direito internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *In*: HERZ, Mônica; AMARAL, Arthur Bernardes do (Org.). *Terrorismo e relações internacionais*: perspectivas e desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Loyola, 2010, p. 277-295.

38. A sentença está no site da CIDH. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf].

a definição de terrorismo adotada é muito vaga. O *caput* do art. 2º parece ter influência de entidades devotadas a questões como direitos humanos, gênero e igualdade racial, mas não transparece a participação dos órgãos de segurança e defesa na sua elaboração.

5. Considerações finais

O terrorismo não é um fenômeno novo na história. No entanto, é mais fácil denominá-lo do que defini-lo. Ao longo do século XX, produziram-se os primeiros atos internacionais referentes ao tema e muitos países tipificaram esse crime em seus sistemas jurídicos.

Apesar do consenso sobre a necessidade de prevenir e combater grupos terroristas, persiste a questão fundamental: trata-se de um crime contra a humanidade sem justificativa ou uma arma do oprimido (insurgente) contra o opressor (governo ilegítimo ou potência estrangeira)? Mesmo após a inserção do terrorismo na ordem do dia da política mundial, fato intensificado após setembro de 2001, ainda não há uma resposta uníssona.

O Brasil não é palco de atentados terroristas há algum tempo, mas certas questões o forçam a se pronunciar sobre o assunto e a adotar medidas internas: extensão territorial, problemas políticos e atentados relativamente recentes nos países vizinhos, projetos regionais (*v.g.* Conselho de Defesa Sul-americano) e a aspiração de obter um assento permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas. Além disso, há a dimensão transnacional que o terrorismo alcançou nas últimas décadas e as pressões internacionais em virtude da necessidade de combatê-lo e impedir o seu financiamento.

Do ponto de vista institucional, verifica-se a necessidade de coordenação entre os órgãos de *segurança* e *defesa*, bem como do incremento da infraestrutura e do número de agentes. Tudo indica que essas medidas são muito mais eficazes do que a aprovação de novas leis.

A inércia do governo brasileiro na adequação do regime jurídico nacional às resoluções do CS da ONU e das recomendações do Gafi, levaram o país a aprovar às pressas novas normas: Leis 13.170/2015 e 13.260/2016. A primeira já seria suficiente pois, das questões relacionadas ao terrorismo atinentes ao Brasil, a mais urgente era a do *financiamento*. Cumpre ressaltar que o país já ratificou as principais convenções mundiais e regionais e mundiais sobre o assunto e participa dos mais relevantes organismos de cooperação (*v.g.* Interpol).

A criação de um ordenamento jurídico de combate ao terrorismo é um trabalho difícil e arriscado. Deve-se proceder com cautela, uma vez que leis antiterroristas precipitadas e mal elaboradas podem ameaçar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nunes, Paulo Henrique Faria; Maciel, Daniela Anacleto; Santos, Juliana Alves dos; Santos, Nayani Paula Rodrigues dos; Perin, Paola Dalla Nora; Furtado, Thalita Victória Ferreira. Lei Antiterrorismo no Brasil: análise do Quadro Normativo e Institucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 132. ano 25. p. 61-83. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017.

6. Referências bibliográficas

BELLAMY, Alex J. *Guerras justas*: de Cicerón a Iraq. Trad. Silvia Villegas. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

CEPIK, Marco Aurélio. Combate ao terrorismo e Estado no Brasil: avaliação crítica e sugestões preliminares. *In*: HERZ, Mônica; AMARAL, Arthur Bernardes do (Org.). *Terrorismo e relações internacionais*: perspectivas e desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Loyola, 2010, p. 121-145.

CHALIAND, Gerard; BLIN, Arnaud. Manifestations of terror through the ages. *In*: CHALIAND, Gerard; BLIN, Arnaud (Ed.). *The history of terrorism*: from Antiquity to al Qaeda. Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 2007, p. 79-92.

CUNHA, C. L. M. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*: the FATF recommendations. Paris: FATF, 2012.

FOLLAIN, John. *Jackal*: the complete story of the legendary terrorist, Carlos the Jackal. New York: Arcade Publishing, 1998.

GROTIUS, Hugo. *The rights of war and peace including the law of nature and of nations*. Washington; London: M. Walter Dunne Publisher, 1901.

HERZ, Mônica; AMARAL, Arthur Bernardes do (Org.). *Terrorismo e relações internacionais*: perspectivas e desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Loyola, 2010.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

JACINI, Wantuir Francisco Brasil. Terrorismo: atuação da Polícia Federal. *Revista CEJ*. Brasília, n. 18, p. 74-82. jul.-set.2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MERARI, Ariel. Terrorism as strategy of insurgency. *In*: CHALIAND, Gerard; BLIN, Arnaud (Ed.). *The history of terrorism*: from Antiquity to al Qaeda. Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 2007, p. 12-51.

NATHANSON, Stephen. Terrorism and the ethics of war. *In*: LEE, Steven P. (Ed.). *Intervention, terrorism and torture*: contemporary challenges to just war theory. Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2007.

NUNES, Paulo Henrique Faria. *Direito internacional público*: introdução crítica. Curitiba: Juruá, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Terrorismo e direito internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *In*: HERZ, Mônica; AMARAL, Arthur Bernardes do (Org.). *Terrorismo e relações internacionais*: perspectivas e desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Loyola, 2010, p. 277-295.

WHITTAKER, David J. (Org.). *Terrorismo*: um retrato. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2005.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Análise da necessidade de regulamentação do crime de terrorismo, de Matheus Zorzi Sá – *RT* 965/169-197 (DTR\2016\456);
- Justiça penal internacional: do relativismo ao universalismo de valores?, de Tupinambá Pinto de Azevedo e Fernanda Figueira Tonetto – *RBCCrim* 120/159-199 (DTR\2016\20118);
- O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo, de Leandro Moll – *RDCI* 80/375-415 (DTR\2012\450567); e
- Terrorismo: uma aproximação conceitual, de André Luís Callegari e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 115/195-219 (DTR\2015\11452).

A criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos: limites dogmáticos à intervenção penal

The civil servant's illicit enrichment criminalization: dogmatic limits to the criminal intervention

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa
Mestrando em Direito Penal pela UFMG. Advogado criminalista.
victorsilva.costa@yahoo.com.br

Leo Maciel Junqueira Ribeiro
Graduando em Direito pela UFMG. Sócio do IBCCRIM
e membro do I Laboratório de Ciências Criminais em Belo Horizonte/MG.
leoribeiromj@gmail.com

Recebido em: 01.09.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão autor: 29.11.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo visa realizar uma análise da criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, que foi a segunda das dez medidas de combate à corrupção sugeridas pelo Ministério Público Federal. Nesse sentido, será realizada uma análise comparativa sobre a compatibilidade dessa medida com alguns institutos de Direito e Processo Penal imprescindíveis para a limitação da intervenção do Estado, quais sejam: princípio da legalidade; a *lex certa* e o princípio da taxatividade; princípio da *ultima ratio*; o bem jurídico tutelado; a sua caracterização como expressão como Direito Penal simbólico; elemento probatório; autoincriminação do agente público; inversão do ônus da prova; princípio da culpabilidade e da presunção de inocência; a punibilidade de um crime de suspeita; responsabilidade penal objetiva; efetividade da criminalização do enriquecimento ilícito e sua eficácia preventiva.

Abstract: This article's main purpose is to make an analysis of the criminalization of the illicit enrichment of public agents, which was the Second of ten measures against corruption suggested by the Federal Prosecutors. In that way, this article brings a comparative analysis of the compatibility of these measures and the criminal procedures that are fundamental for the limitation of the state interventions. Those principles are: the legality principle, the *lex certa* principle, the *ultima ratio* principle, the good protected legal, its characterization as an expression of the symbolical Criminal Law; the problem of the criminal evidence; the self-incrimination of the civil servant; the reversal of the burden of proof; the culpability and the presumption of innocence principles; the punishability of a suspicion of crime; the objective criminal liability; the effectiveness of the illicit enrichment and its preventive efficiency.

Costa, Victor Cezar Rodrigues da Silva; Ribeiro, Leo Maciel Junqueira. A criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos: limites dogmáticos à intervenção penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 132. ano 25. p. 85-114. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017.

Palavras-chave: Enriquecimento ilícito – Criminalização – Medidas contra a corrupção – Princípios constitucionais penais – Legitimidade.

Keywords: Illicit enrichment – Criminalization – Measures against corruption – Constitutional criminal principles – Legitimacy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Enriquecimento ilícito e princípio da legalidade. 2.1. A *lex certa* e o princípio da taxatividade. 3. A compatibilidade da medida com o princípio da *ultima ratio*. 3.1. Existe um bem jurídico tutelado? 3.2. Criminalização do enriquecimento ilícito como expressão do direito penal simbólico. 4. Elemento probatório no enriquecimento ilícito. 4.1. Autoincriminação do agente público. 4.2. A inversão do ônus da prova. 5. Princípio da culpabilidade e da presunção de inocência. 5.1. A punibilidade de um crime de suspeita. 5.2. Responsabilidade penal objetiva. 6. Efetividade da criminalização do enriquecimento ilícito. 6.1. Eficácia preventiva. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em julho de 2015 teve início a campanha denominada "dez medidas contra a corrupção", cuja iniciativa partiu, sobretudo, do Ministério Público Federal (MPF), nas figuras dos procuradores da República que integravam a força-tarefa da Operação Lava Jato. A campanha visou encaminhar uma série de medidas legislativas que buscam aumentar a capacidade e o poder punitivo do Estado, na tentativa de combater ilícitos que envolvam, direta ou indiretamente, o desvio de verbas públicas. Até abril de 2016, foram coletadas mais de 2 milhões de assinaturas para a posterior aprovação do projeto, o que representa uma significativa adesão popular às medidas propostas.

Como há muito tempo já indicou Norberto Bobbio[1], sabe-se muito bem que, em um plano deontológico característico de uma análise sobre a legitimidade normativa, as leis devem ser minimamente ajustadas às demandas específicas da sociedade em que vigoram para que consigam exercer plenamente a sua eficácia. Nesse caso, não é muito diferente: há um potencial desejo na sociedade de aumentar a efetividade da persecução penal em relação ao desvio de verbas públicas, o que de fato se faz necessário diante dos gravíssimos problemas institucionais que ocorrem no Brasil.

A partir de um enfoque crítico, pode-se perceber que a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos foi delimitada por um projeto de lei de iniciativa popular fortemente influenciado por correntes midiáticas e pela opinião pública. Nesse projeto, são veiculadas disposições com forte apelo

1. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 38.

moral, sendo uma visível manifestação de Direito Penal simbólico.[2] Não obstante, como afirma Díez Ripollés, "o processo sociológico desencadeado por uma decisão legislativa penal tem início com o êxito de um agente social em tornar *crível* a existência de uma disfunção social, e que necessita, portanto, de algum tipo de intervenção penal".[3]

No entanto, essas alterações desejadas pelas "Dez medidas contra a corrupção" não podem, em hipótese alguma, afetar os princípios constitucionais de Direito Penal ou as garantias individuais presentes na Constituição Federal, uma vez que, caso isso ocorra, a legitimidade da norma também será dissipada. É válido ainda ressaltar que quase todas as propostas normativas inevitavelmente possuem falhas ou textos de caráter genérico e pouco preciso, sendo que certamente esses problemas também se fazem presentes nas dez medidas contra a corrupção, citadas acima.

Embora possua um vasto número de questões abordadas que também são muito problemáticas, como o aumento das penas para o desvio de verbas públicas, a configuração de crime hediondo para altos valores desviados e os testes de "integridade" para agentes públicos, o objeto de análise no presente artigo é tão somente a segunda medida contida no documento do MPF, qual seja a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos.

A proposta visa adicionar o artigo 312-A ao Código Penal brasileiro, cuja redação determinaria como crime:

> (...) adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito.[4]

2. HASSEMER, Winfried. *Direito penal:* Fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles [*et al.*]. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2008. p. 213.
3. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais:* teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.
4. Em parecer do Deputado Onyx Lorenzoni, na comissão constituída na Câmara dos Deputados para analisar o PL 4.850/2016, exarado durante a produção da versão intermediária deste artigo, e que trata das dez medidas contra a corrupção, apresentou-se nova proposta de redação para o artigo 312-A do Código Penal. Esta ficou ainda mais ampla e incompatível com os princípios que serão tratados no decorrer deste trabalho. A nova redação inclui como verbos do tipo "trocar", "doar" e "dar em garantia", ampliando as possibilidades de incriminação. De acordo com o relator, e em

A pena cominada para o delito é a prisão, de três a oito anos, e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.[5]

Uma breve análise da redação proposta já demonstra problemas graves quanto às possibilidades de tipificação que a norma apresentaria, afinal, os termos "maneira não eventual", "incompatível" e "outro meio lícito" são carregados de generalidade e imprecisão, além dos sérios equívocos contidos em sua "justificativa", que serão apresentados no decorrer do trabalho. Nessa toada, e como premissa metodológica que guiará a sequência das discussões, é imprescindível que seja realizada uma análise hermenêutica dessa proposta de tipificação diante de alguns dos mais importantes princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, de forma a verificar a compatibilidade da medida com a estrutura de Direito Penal existente, sendo esse o objetivo do presente artigo.

Nesse sentido, a título de descrição do percurso a ser desenvolvido a seguir, o artigo se propõe a realizar uma análise comparativa sobre a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos diante dos seguintes institutos de Direito e Processo Penal: princípio da legalidade; a *lex certa* e o princípio da taxatividade; princípio da *ultima ratio*; o bem jurídico tutelado; a sua caracterização como expressão como Direito Penal simbólico; elemento probatório; autoincriminação do agente público; inversão do ônus da prova; princípio da culpabilidade e da presunção de inocência; a punibilidade de um crime de suspeita; responsabilidade penal objetiva; efetividade da criminalização do enriquecimento ilícito e sua eficácia preventiva.

2. Enriquecimento ilícito e princípio da legalidade

O primeiro problema a ser destacado é a visível incompatibilidade do crime de enriquecimento ilícito de agentes públicos com o princípio da legalidade. O princípio, que está positivado na Constituição Federal e no Código Penal é

contrariedade ao que aqui se defende, "o tipo proposto não ofende a Constituição e sua amplitude está embasada na vasta experiência brasileira das várias situações encontradas de enriquecimento ilícito". BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL 4.850/2016. Voto do Relator Onyx Lorenzoni. Nov. 2016. p. 26-27.

5. BRASIL. Ministério Público Federal. Anteprojeto de Lei de Iniciativa Popular sobre o Enriquecimento Ilícito de Agentes Públicos. Disponível em: [http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf]. Acesso em: 31.07.2016.

sem dúvidas a mais importante garantia individual contra o exercício arbitrário do poder punitivo do Estado, determina que não deve haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

O princípio institui, portanto, uma exigência de que a lei penal exista antes de haver a possibilidade de punição. Nesse sentido, conforme afirma o professor Claus Roxin[6], por mais que uma conduta seja altamente nociva e revele uma visível necessidade de pena, o Estado só poderá tomá-la como motivo de sanções jurídico-penais se essa determinação estiver anteriormente expressa em lei.[7]

Não obstante, conforme observa muito bem Francisco de Assis Toledo[8], o princípio da legalidade, também descrito pela máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pode ser subdividido em quatro outros preceitos específicos, quais sejam: *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex certa*. O primeiro refere-se à necessidade de uma lei anterior para a tipificação de uma conduta, o segundo refere-se à proibição da punibilidade pelo direito consuetudinário, o terceiro refere-se à proibição da punibilidade pela analogia e, por fim, o da *lex certa*, que cria a exigência de tipos penais que não devem conter caráter de imprecisão e generalidade.

Portanto, para que seja respeitado o princípio da legalidade, é fundamental que estejam respeitados também os seus quatro preceitos específicos. No entanto, pode-se perceber que a medida proposta sobre o enriquecimento ilícito de agentes públicos não está de acordo com as exigências da *lex certa*, dado seu visível caráter de imprecisão e generalidade, como será demonstrado no próximo item. É certo, ainda, que essas exigências são denominadas também como o princípio da taxatividade, cuja essência da fundamentação também versa sobre a impossibilidade de que uma lei penal imprecisa ou genérica seja legítima em um Estado Democrático de Direito.

6. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Traducción y notas de la 2. edición alemana: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997. t. I. Fundamentos. La estrucutura de la teoria del delito. p. 137.
7. No texto original: "por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente em la ley".
8. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11.07.1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21-29.

2.1. A lex certa *e o princípio da taxatividade*

O princípio da taxatividade, portanto, decorre do princípio da legalidade, exigindo que o processo legislativo penal crie leis que sejam determinadas e precisas, de forma a não restar qualquer forma de punibilidade que exceda o intuito originário de tipificação para o qual a norma foi projetada. Dessa forma, o respeito ao princípio da taxatividade é fundamental para a manutenção das garantias individuais, pois como afirma Luiz Luisi:

> A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei.[9]

Na criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, há na redação do proposto artigo 312-A os termos "maneira não eventual", "incompatível" e "outro meio lícito". Tais termos são claramente imprecisos e genéricos, abrindo precedentes para que haja a punibilidade de condutas incompatíveis com a finalidade da produção legislativa, o que representa uma ampla margem de exercício arbitrário do poder punitivo pelo Estado.

A "eventualidade" da maneira como são usufruídos os bens, valores ou direitos, assim como a "incompatibilidade" deles com a profissão exercida pelo agente público, não são descritas na norma. Dessa forma, a ausência de um critério determinado e preciso para mensurar a "eventualidade" do usufruto e a "incompatibilidade" do valor auferido com a profissão pública exercida cria um sério desvio da norma com o princípio da taxatividade.[10]

---

9. LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 25.

10. O grande problema reside, sobretudo, na dificuldade em se determinar um tempo para que a eventualidade do usufruto seja dissolvida e também uma quantidade ou valor do bem usufruído. Por exemplo: a remuneração mensal bruta do deputado federal em agosto de 2016 é de R$ 33.763,00 de acordo com o Decreto Legislativo 276/14. Quantas vezes mais abundante poderia ser o patrimônio do agente público, sem configurar a incompatibilidade ao exercício de sua função? E no caso de um imóvel comprado à prestação, por exemplo, como poderia o aparato investigativo determinar que o valor final do patrimônio adquirido possui essa incompatibilidade? Seja como for, podemos vislumbrar essas dificuldades práticas na determinação do que seria configurado como "incompatível", o que acabaria ficando relegado ao magistrado ou a uma perícia pouco especializada, abrindo precedentes para arbitrariedades e também para a excessiva e desmedida punibilidade dos agentes públicos

O termo "outro meio lícito" cria problemas ainda mais graves para o ordenamento jurídico brasileiro, afinal, em algumas profissões exercidas por agentes públicos não há impedimentos quanto à possibilidade de que sejam auferidos bens de uma fonte lícita como uma empresa ou instituto próprio de Direito Civil, como a herança. A redação é péssima, podendo abrir precedentes inaceitáveis em um Estado de Direito.

Espera-se que a finalidade da proposta de lei não seja criar esses impedimentos, porém a sua péssima redação permite esse tipo de interpretação, que seria inaceitável diante das normas infraconstitucionais existentes. Caso o projeto venha a ser aprovado, será criado um precedente para uma contradição normativa intrínseca ao ordenamento jurídico: enquanto o Direito Civil permite o exercício de atividade lucrativa lícita, uma lei especial de Direito Penal a proibiria, criando impedimentos aos indivíduos diante da coação exercida pela pena.

3. A compatibilidade da medida com o princípio da *ultima ratio*

O princípio da *ultima ratio,* também conhecido como o princípio da intervenção mínima no Direito Penal, determina que a punibilidade de condutas deve ocorrer apenas nos casos em que as lesões aos bem jurídicos tutelados sejam extremamente graves. Ou seja, como afirma Nilo Batista "a subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como remédio sancionador extremo, que deve ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente".[11]

Portanto, devemos também analisar a criminalização do enriquecimento ilícito em relação ao princípio da intervenção mínima, sendo essa compatibilidade fundamental para sua existência em nosso ordenamento jurídico. Nesses termos, além da limitação formal a que a legislação penal deve ser submetida, devem também existir limites materiais para sua estruturação e instauração em um Estado de Direito.

E dessa forma:

> (...) ao legislador o princípio exige cautela no momento de eleger as condutas que merecerão punição criminal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente aqueles que, segundo comprovada experiência

– indo muito além da finalidade originária da norma, que inicialmente já era muito extensiva.

11. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 84.

> anterior, não puderam ser convenientemente contidos pela aplicação de outros ramos do direito deverão ser catalogados como crimes em modelos descritivos legais.[12]

De acordo com E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, devemos reconhecer um enunciado fundamental que limita materialmente o exercício arbitrário do poder punitivo do Estado, podendo ainda ser utilizado para refrear a necessidade social de uma punibilidade desproporcional em relação a determinados delitos, como os que envolvem o desvio de verbas públicas. Em termos convergentes aos dispostos pelo princípio da *ultima ratio*, ele é chamado de princípio da proscrição da grosseira inidoneidade da criminalização. E, como indicam os autores, o princípio postula que:

> Perante um conflito para o qual se acha disponível um modelo de solução, é desnecessária a criminalização, que lhe impõe um modelo decisório, mas não o soluciona. (...) A criminalização não é um modelo ao qual se possa recorrer arbitrariamente, privando as partes de soluções. O avanço do estado de polícia, por força de atos verticalizantes e à custa da paz social (soluções para os conflitos) é inadmissível.[13]

É evidente que o princípio da proscrição da grosseira inidoneidade da criminalização se enquadra perfeitamente em uma ótica restritiva da intervenção penal, utilizada para a análise da criminalização no enriquecimento ilícito. Portanto, fica também muito claro que essa proposta não é compatível ao princípio definido com maestria pelos autores citados, vez que há outras formas, muito mais eficientes, de regulamentação e investigação de crimes que envolvam, direta ou indiretamente, o desvio de verbas públicas. Como escreve também André Luis Callegari:

> A intenção de regular a economia mediante a intervenção penal seguramente se encontra destinada ao fracasso. Sem modificações profundas do sistema econômico, a lei penal, que raramente se aplicará neste âmbito, pode acabar convertendo-se em limitação ideológica, ou em armas politicamente utilizáveis em determinadas conjunturas.[14]

---

12. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. v. I parte geral: (arts. 1º a 120). p. 38.
13. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro:* primeiro volume – Teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 241-242.
14. CALLEGARI, André Luis. O princípio da intervenção mínima no direito penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim especial n. 70, de setembro

Nesses termos, provavelmente seria mais efetiva uma reforma institucional, de forma a criar mecanismos que permitissem maior transparência na prestação de contas públicas. Mas, seja como for, o problema da continuidade do desvio de verbas públicas não poderá ser solucionado com a criação de novos tipos penais.

Afinal, no Código Penal já existem artigos que tipificam com mais especificidade as condutas citadas, como o peculato (art. 312), o emprego irregular de verbas públicas (art. 315), a concussão (art. 316), a corrupção passiva (art. 317) o tráfico de influência (art. 332) e a corrupção ativa (art. 333) ou, ainda, no âmbito extrapenal, a Lei 8.429, de 02.06.1992, de improbidade administrativa, que embora carregue inúmeras falhas também tutela a integridade das finanças públicas.

A contínua impunidade, portanto, não pode ser proveniente da falta de tipificação penal, mas sim de falhas estruturais nos organismos de persecução penal para esse tipo de delitos. Determinar a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos nos termos citados seria um grande equívoco, o que nos leva também a questionar qual seria realmente o bem jurídico tutelado por essa lei.

3.1. Existe um bem jurídico tutelado?

A noção do que seja o bem jurídico tutelado por uma lei penal também não pode exceder o princípio da *ultima ratio* ou qualquer um de seus enunciados, incluindo o caráter de subsidiariedade do Direito Penal.

Nesse sentido, ao analisar a tutela de bens jurídicos no âmbito penal e também a finalidade desta área do Direito, Claus Roxin afirma que

> o Direito Penal serve, portanto, à proteção subsidiária de bens jurídicos e, consequentemente, está justificado em sua existência quando a convivência pacífica e materialmente segura dos cidadãos somente pode ser preservada por uma ameaça punitiva.[15]

Não obstante, dado o caráter subsidiário do Direito Penal, é evidente que qualquer proposta de tipificação deve servir à finalidade de proteger um bem

de 1998. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2348-O-principio-da--intervencao-minima-no-direito-penal]. Acesso em: 03.08.2016.

15. ROXIN, Claus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal.* Claus Roxin, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Coordenador e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 8.

jurídico determinado. E a ideia de bem jurídico que consideramos mais idônea diante de uma ótica restritiva da intervenção penal é convergente ao que ensina também Claus Roxin[16], afirmando que um bem jurídico não pode ser uma abstração, incompreensível à lógica individual. Deve ocorrer a clara existência de um valor social concreto e relevante para que possa haver a tutela penal.

No entanto, o tipo penal proposto como "enriquecimento ilícito" apresenta alguns problemas quanto à percepção de qual bem jurídico que por ele seria tutelado. O bem jurídico tutelado pelo delito de corrupção ativa é, por exemplo, como afirma Cezar R. Bitencourt: "a Administração Pública, especialmente a sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, em verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários".[17] Sem embargo, trata-se de uma lesão a um bem jurídico supraindividual, referente à garantia da segurança institucional necessária a um Estado de Direito. É assim também com a corrupção ativa, o peculato e o enriquecimento ilícito.

Nesse desiderato, e deixando de lado as inúmeras discussões sobre a legitimidade da tutela penal sobre bens jurídicos supraindividuais, os argumentos colocados nos indicam que o enriquecimento ilícito não tutela, de forma legítima, o bem jurídico a que se propõe. Afinal, como indica a definição de Roxin, para que exista a tutela penal de um bem jurídico e consequentemente a intervenção penal para sua proteção, o bem jurídico deve ser dotado de finalidade social.

É necessário que seja destacada a importância da adoção de um modelo pessoal de bem jurídico, pois embora subsistam diversas críticas a essa concepção, vê-se que pelo referencial que adota ela é uma perspectiva que muito contribui para a limitação do exercício arbitrário do poder punitivo do Estado. Ao descrever a teoria pessoal do bem jurídico, Ulfrid Neumann indica que os seus pontos mais "atraentes" são:

> Primeiramente, a característica individualista, nos termos da palavra "humano". A teoria pessoal do bem jurídico pensa o direito penal não a partir da sociedade, senão do indivíduo. Com isso, se aborda desde a perspectiva

16. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 25.

17. BITENCOURT, Cezar Roberto. Algumas reflexões sobre a corrupção ativa. Publicado *na Revista Jurídica* n. 321, p. 83. Disponível em: [http://amdjus.com.br/doutrina/tributario/4.htm]. Acesso em: 05.08.2016.

> da teoria do Estado, o conflito entre os enfoques estadista e coletivista de um lado e os modelos individualistas de outro, posicionando-se claramente do lado dos últimos. Segundo, ela liga o direito penal aos interesses concretos das pessoas e, por isso, consegue filtrar os componentes ideológicos que ameaçam o direito penal liberal, porque eles – ainda que sejam simples representações de valores sociais – atuam com a pretensão de serem valores obrigatórios. Finalmente, o conceito geral de bem jurídico se mantém de forma transversal a um modelo de direito penal autoritário que entende o delito como uma transgressão ao dever e, com isso, instrumentaliza o direito penal como mecanismo para disciplinar o cidadão à obediência e à submissão.[18]

Em contradição às ideias de bem jurídico que foram defendidas nesse tópico, a "justificativa" do MPF indica que:

> (...) o enriquecimento ilícito, além de ser prova indireta da corrupção, é em si mesmo desvalorado, pois revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum.[19]

Se essas são as finalidades protetivas da norma, é possível observarmos duas possibilidades: ou se enquadra em algum tipo precário e aberrante de crime contra a administração da justiça, tendo em vista a questão da prova indireta suscitada, ou se trata de um crime cujo bem jurídico tutelado é idêntico ao de peculato, criando apenas uma capacidade menos limitada para o Estado exercer a sua pretensão punitiva.

Apesar de que, com uma análise rasa (e displicente para com alguns dos fundamentos do Direito Penal brasileiro), o novo tipo penal possa oferecer uma tutela penal razoável, em quaisquer das hipóteses citadas acima, a situação não se sustenta diante da *teoria do bem jurídico* e ao princípio da *ultima ratio*.

Afinal, ou a prova indireta representa uma incompatibilidade entre a justificativa (finalidade) e o objeto de tutela do artigo proposto, ou é desnecessária,

18. NEUMANN, Ulfrid. "Alternativas: nenhuma": sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Rafael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 23. v. 116. set.-out./2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 99.

19. Brasil. Ministério Público Federal. Anteprojeto de Lei de Iniciativa Popular sobre o Enriquecimento Ilícito de Agentes Públicos. Disponível em: [http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf]. Acesso em: 31.07.2016. p. 21.

vez que existem outros tipos penais que já tutelam a integridade da administração pública, como, por exemplo, o peculato, artigo 312 do CP, cuja descrição típica é: "Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio".

Sendo assim, é possível observarmos a notável inexistência de justificativas razoáveis para a tipificação do enriquecimento ilícito de agentes públicos nesses termos, uma vez que a tutela da integridade da administração pública já é efetivada por outras leis penais análogas, sob pena de incorrermos em excessiva e, portanto, ilegítima, intervenção do Estado.

3.2. Criminalização do enriquecimento ilícito como expressão do direito penal simbólico

A criminalização do enriquecimento ilícito possui, ainda, um visível caráter *simbólico* diante da estrutura de Direito Penal existente. Não obstante, deve ser entendido como *simbólico* aquele:

> (...) atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma.[20]

Ou seja, nota-se o *simbólico* quando há uma séria divergência do conteúdo manifesto da norma para com seu conteúdo latente. Entende-se que a representação do Direito Penal simbólico ocorre no caso da criminalização do enriquecimento ilícito, tendo em vista que, como descrito acima, provém de uma campanha com forte apelo moralizante, de uma proposta normativa cujos parâmetros são extremamente mal fundamentados e que sequer é dotada de uma concreta representação sobre qual seria o bem jurídico por ela tutelado.

Nesses casos, fica visível uma divergência quanto à proposta de lei e seu real significado na sociedade, numa dialética de dissimulação dos significados da intervenção penal, o que leva a graves ingerências internas ao ordenamento jurídico. Como indica Bernd Schünemann, a evolução recente do paradigma penal na Alemanha demonstra uma política de interesses encoberta pelo

20. HASSEMER, Winfried. Direito penal: Fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles [*et al.*]. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2008. p. 221.

processo de tipificação.[21] Na mesma página do trabalho, o autor continua por indicar que:

> Refiro-me, com isso, à situação que se apresenta quando os argumentos científicos não se formulam unicamente em razão da persecução da verdade ou da justiça, mas sim para alcançar outras finalidades, ou seja, quando esses argumentos não são apenas utilizados de modo instrumental, mas sim concebidos como instrumentos.[22]

Afinal, se consideramos legítimas normas cuja instrumentalidade prática não é pautada em elementos objetivos em sua própria estrutura, então as funções latentes de fato superam suas funções manifestas – o que permite com que seu processo hermenêutico de punibilidade seja efetivado de forma a exceder sua finalidade instrumental. Com esse entendimento muito consolidado, Juarez Tavares observa, ainda, que:

> A norma, portanto, deixaria de exprimir o tão propalado interesse geral, cuja simbolização aparece como justificativa do princípio representativo para significar, muitas vezes, simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação.[23]

Resta muito claro que há um intuito legislativo no uso do simbólico para a formulação de leis penais, tendo em vista que se torna necessário além da demonstrada legitimidade da norma, a sua *utilidade* social – tal demonstração não chega a representar plenamente seu caráter latente. Nesse sentido, nas palavras de Juarez Tavares:

> O legislador usa o simbólico como forma de ocultar, primeiramente, o déficit de legitimidade de normas incriminadoras que não correspondam a um

21. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Anuario de derecho penal y ciencias penales, t. 49, Fasc/Mes 1, 1996. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46492]. Acesso em: 31.08.2016. p. 215.

22. No texto original: "Me refiero con ello a la situacion que se presenta cuando los argumentos cientificos no se formulan unicamente en razon de la persecucion de la verdad y de la justicia, sino para alcanzar otras finalidades, es decir, cuando estos argumentos no solo son utilizados de modo instrumental, sino que son ya concebidos como instrumentos".

23. TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 0. p. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./1992. p. 75.

> dano concreto. A ausência desse dano concreto, que deveria estar presente na norma incriminadora, mas não está, induz o legislador, de conformidade com sua pretensão punitiva, a presumir sua ocorrência, o que faz, elaborando normas que passam a valer por elas mesmas, a partir de uma presunção de que esse dano, embora não esteja presente, poderia estar, desde que, e tão-só, fosse realizada a conduta proibida.[24]

Ou seja, a criminalização do enriquecimento ilícito, por se enquadrar em um tipo de lei penal de caráter evidentemente *simbólico*, demonstra, sobretudo, a pretensão punitiva do legislador em permitir a atenuação dos limites ao *jus puniendi* do Estado sob a falsa justificativa de uma pretensa moralização social. Nos termos descritos, e considerando o caráter *simbólico* da criminalização do enriquecimento ilícito, não é possível que seja feita uma conclusão muito divergente da que escreve Winfried Hassemer, ao indicar que o Direito Penal simbólico:

> Inspira-se menos na proteção dos respectivos bens jurídicos do que no atingimento de efeitos políticos de longo alcance, como a imediata satisfação de uma "necessidade de ação". Trata-se de um fenômeno de crise da Política criminal moderna orientada para as consequências. Esta tende a transfigurar o Direito penal em um instrumento guarnecedor da Política, aduzindo-lhe bens jurídicos universais e crimes de perigo abstrato. Este Direito Penal ajusta-se às concepções de "insegurança global" numa "sociedade do risco". O Direito Penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do Estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal.[25]

Pode-se talvez adotar as ideias de Klaus Günther sobre o processo de criação das leis penais para evitar a incidência do Direito Penal simbólico – estudo que deve ser prioritário em um contexto em que predomina um processo legislativo cuja tendência é um forte apelo moralizante e uma ampliação desmedida da necessidade social pelo uso do Direito Penal como principal ferramenta criadora de equidade e justiça. De acordo com o autor, o dilema

24. TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. *In*: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Direito e psicanálise*. Interseções a partir de *O Processo*, de Kafka. 1. ed., v. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007. p. 52.

25. HASSEMER, Winfried. *Direito penal:* fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles [*et al.*]. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2008. p. 230.

entre uma lacuna de legitimidade e uma exigência moral pode ser superado, uma vez que seja relacionado o conceito de culpa à ideia de legitimação democrática das normas jurídicas e ao cidadão como titular do direito participativo no processo de formação de pensamento e vontade sobre a positivação das normas jurídicas.[26]

No entanto, reitera-se que a produção legislativa, por ter como base um ideal democrático, deve sempre buscar um fundamento empírico para a instituição de seus efeitos sociais, considerando que nesse processo a cognição sumária atua em prol da mitigação da crítica e da brecha social para o *simbólico*. Sem lastro concreto e objetivo do que seja a tutela do bem jurídico-penal e sem que sejam respeitados os fundamentos e princípios constitucionais positivados do Estado Democrático de Direito, fica evidente a ilegitimidade da norma produzida, assim como a consequente necessidade de que seja excluída do ordenamento jurídico.

Dessa forma, resta evidente que a criminalização do enriquecimento ilícito, na figura do proposto artigo 312-A do Código Penal, é uma lei penal de caráter *simbólico*, criada não para a concreta tutela de bens jurídicos, mas para a amplitude excessiva das possibilidades de persecução penal. A criminalização do enriquecimento ilícito insere-se, portanto, em uma *hermenêutica de submissão* social à insegurança, à necessidade de punibilidades extremas em detrimento da liberdade e, portanto, cria sujeição às ingerências decorrentes do exercício arbitrário da pretensão punitiva do Estado.

4. Elemento probatório no enriquecimento ilícito

Outra questão relevante à análise da medida proposta pelo MPF é sobre algumas das circunstâncias em que se dariam a prova do crime. Afinal, para que seja configurada a incompatibilidade do patrimônio do agente público para com o exercício de sua função, é razoável inferirmos que se faz necessária uma investigação sobre a quantia, a disposição e também o valor de seus bens.

No entanto, nas declarações exigidas por leis tributárias, como o Imposto de Renda, o elemento probatório acaba restando facilitado e explícito aos investigadores, uma vez que o próprio indivíduo os declara, podendo gerar situações de evidente autoincriminação e inclusive uma visível inversão do ônus da prova no processo penal – situações extremamente avessas à lógica de um

26. GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. Tradução de Juarez Tavares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 6, n. 24, p. 79-92, out./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 80.

processo penal acusatório em que são determinadas garantias fundamentais expressas no texto constitucional.

4.1. Autoincriminação do agente público

Nos termos descritos acima, podemos delimitar primeiramente o problema da autoincriminação do agente público, vez que a medida proposta certamente irá criar situações em que o profissional irá declarar a existência de valor incompatível com sua profissão, mesmo que auferido por origem lícita, o que configuraria o crime de enriquecimento ilícito, conforme os termos do proposto artigo 312-A.

É determinante compreendermos que a autoincriminação existe quando ocorre a produção de provas que são capazes de incriminar aquele que as produziu. No ordenamento jurídico brasileiro há uma construção doutrinária de que a autoincriminação é proibida, também conhecida como *nemo tenetur se detegere*. Apesar de se tratar de um princípio que não é absoluto, essa construção é proveniente de princípios como o do direito ao silêncio, à ampla defesa e ao contraditório, previstos na Constituição Federal. Como indica com muita precisão Luiz Flávio Gomes:

> Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. São intoleráveis a fraude, a coação, física ou moral, a pressão, os artificialismos etc. Nada disso é válido para a obtenção da prova. A garantia de não declarar contra si mesmo (que está contida no art. 14.3, *g*, do PIDCP, assim como no art. 8º, 2, *g*, da CADH) tem significado amplo. O não declarar deve ser entendido como qualquer tipo de manifestação (ativa) do agente, seja oral, documental, material etc.[27]

Na mesma linha doutrinária, Aury Lopes Júnior[28] indica que o direito de silêncio, assim como o da ampla defesa e do contraditório, são manifestações primárias de garantias muita mais amplas, insculpidas no princípio *nemo tenetur se detegere*, determinando que ao acusado não pode ser imputado prejuízo algum por omitir-se da colaboração em uma atividade probatória da acusação.

---

27. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência.* Disponível em: [www.lfg.com.br]. Acesso em: 01.09.2016. p. 1.

28. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 192.

Direcionando a análise para o caso da criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, resta evidente que no Brasil há normas de caráter tributário que exigem ao indivíduo prestar contas sobre a extensão de seu patrimônio e dos valores auferidos em suas ocupações lícitas. Em termos breves é o caso, por exemplo, do Imposto de Renda (IR) ou do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). No entanto, sendo constatada a "incompatibilidade" do patrimônio declarado com sua função pública, o agente estará oferecendo provas sobre a materialidade e a própria autoria do crime de enriquecimento ilícito, o que configuraria a sua visível autoincriminação.

Neste ponto a análise já mostra uma profunda incompatibilidade da medida proposta com o princípio da legalidade. Afinal, além da configuração da autoincriminação analisada acima, o que se percebe *a priori* é a criação de um impedimento ao pleno usufruto do patrimônio individual, em contradição com a totalidade do ordenamento jurídico brasileiro e com o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Resta, afinal, uma situação de extrema injustiça, em que há normas infraconstitucionais de outras searas do ordenamento jurídico, especialmente da tributária, que obrigariam o indivíduo a produzir a prova de um crime no âmbito do Direito Penal. Não obstante, a legitimidade do ordenamento jurídico pode ser severamente questionada nesses termos, ainda mais com a redação pobre da proposta, que faz com que o "outro meio lícito" configure uma extensão inaceitável das possibilidades de tipificação contidas na lei.

4.2. A inversão do ônus da prova

Sendo configurada essa circunstância, resta claro que a prova do crime de enriquecimento ilícito estará muito facilitada, uma vez que o próprio agente público está obrigado por leis tributárias a prestar contas sobre os valores auferidos por suas ocupações lícitas. Nesse caso, quando fosse denunciada a incompatibilidade do patrimônio com o exercício da função do agente público, restaria a ele provar a origem desses valores – não bastando que sejam lícitas, mas também "compatíveis" a sua ocupação pública.

No texto da "justificativa" oferecida pelo MPF sobre a medida, está descrito que o enriquecimento ilícito seria uma "prova indireta da corrupção". Ou seja, como observa muito bem Luís Greco[29], a condenação e a punibilidade inferidas pelo crime proposto contém um grande erro estrutural, visto que não seria por

29. GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 277. Dezembro de 2015.

enriquecer, e sim por ter praticado as condutas de corrupção ou de peculato, previstas em tipos penais autônomos, é que estaria ocorrendo a condenação. Não obstante, o penalista acrescenta que não haveria provas sobre a corrupção ou peculato, o que representaria uma violação aos princípios da culpabilidade e da presunção de inocência.

É certo que existe a necessidade de mantermos a orientação de um processo penal acusatório e obviamente que dessa forma o ônus da prova deve recair sobre a acusação, nos termos dos princípios citados. Portanto, a constatação de que o dispositivo proposto irá criar situações em que o acusado pode ser condenado por uma "prova indireta", cujo ônus de contradizê-la cabe a ele mesmo, numa lógica totalmente estranha ao processo penal acusatório, e que certamente não pode ser aceitável diante dos princípios constitucionais de direito e processo penal existentes.

5. Princípio da culpabilidade e da presunção de inocência

Como descreve Cezar Roberto Bitencourt[30], a culpabilidade é um princípio de Direito Penal que exerce eficácia em três dimensões distintas, quais sejam: fundamento da pena (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*); elemento utilizado para uma correta análise na dosimetria da pena; impedimento à responsabilidade penal objetiva. Dessa forma, a culpabilidade é um princípio complexo e de fundamental importância para definirmos se houve ou não o delito de enriquecimento ilícito, em que se inclui a culpabilidade, uma vez que adotamos um conceito analítico e tripartido de crime.

Ou seja, a culpabilidade é um princípio complexo cuja aplicabilidade como critério do conceito analítico de crime esbarrou, na contemporaneidade, em alguns obstáculos empíricos, estando em visível crise[31] interna ao ordenamento jurídico proveniente, sobretudo, do abandono do pressuposto da *livre decisão individual* e a tentativa de implementação da *teoria da dirigibilidade normativa*.[32]

Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexes-provisrias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilcito]. Acesso em: 02.08.2016.

30. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. ed. 12. São Paulo: Saraiva. 2008. v. 1: parte geral. p. 16.

31. FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2006. p. 13-15.

32. DIETER, Mauricio Stegemann. *A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação*. Curitiba, 2008. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/15149/DISSERTA%C7%C3O%20

Não obstante, deve ser notado que essa crise suplanta os limites da culpabilidade como se reflete em outras manifestações do princípio da culpabilidade.

Nessa representação de crise, a culpabilidade legitimada por dispositivos normativos de caráter puramente moral, com o intuito de criar a percepção do autor como "perverso" ou avesso à norma social, é uma lógica similar à mantida na criminalização do enriquecimento ilícito. Afinal, uma lei penal indeterminada, na figura do proposto artigo 312-A, cuja existência viola os outros princípios e institutos de Direito Penal citados acima, não pode ter outro caráter senão o de tentativa de moralização e punibilidade por apelo social *simbólico*, de forma a estar destituída de legitimidade. A constatação da culpabilidade, nesses termos, não deve ser efetivada, pois como afirma Juarez Tavares:

> Se o que importa é determinar se a ordem jurídica quer ou não declarar o agente como culpado, sem caracterizá-lo ou rotulá-lo como imoral ou perverso, nada obsta a que se reconheça não haver culpabilidade, quando o conflito, gerado pela lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico e que configurou um tipo de delito, puder ser resolvido por outro modo.[33]

Ainda além, para que haja essa definição do fato como típico, ilícito e culpável, é necessário ainda o exercício do processo penal, de forma a garantir os direitos individuais do contraditório, da ampla defesa e, acima de tudo, da presunção de inocência. Em assim sendo, entende-se que o princípio fundamentalmente correlato à culpabilidade é o princípio da presunção de inocência, consagrado pelo disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sem o qual o devido processo legal prescinde de legitimidade e eficácia.

O significado básico desse princípio pode ser derivado da máxima latina *nulla poena et nulla culpa sine juidicio,* revelando o caráter de garantia e também instrumental do processo penal como condição para a culpabilidade e para a aplicação da pena.[34] Como indica Monica Ovinski de Camargo[35], o princípio

COMPLETA.pdf;jsessionid=40B1F42A19C5C098828BE8781B276257?sequence=1]. Acesso em: 31.08.2016. p. 10.

33. TAVARES, Juarez. *O futuro do direito penal*. n. 3 (2011) Anais do I Congresso de Filosofia do Direito. Disponível em: [periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/2000/2183]. Acesso em: 31.08.2016. p. 153.
34. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91.
35. CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil*: o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 58.

da presunção de inocência pode assumir três principais sentidos: como garantidor de tratamento justo para o acusado durante o processo penal, como orientação liberal do processo de execução das penas e como regra que exige a existência de todas as provas necessárias para que o acusado seja considerado culpado por determinado crime.[36]

Dessa forma, para que seja verificada a compatibilidade da criminalização do enriquecimento ilícito com os princípios constitucionais de direito e processo penal existentes, também devemos fazer um estudo sobre os problemas que a medida apresente diante do princípio da presunção de inocência. Os problemas mais evidentes serão analisados nos próximos tópicos, e se referem à possibilidade de se punir um crime de suspeita e à caracterização do enriquecimento ilícito como crime de responsabilidade penal objetiva.[37]

5.1. A punibilidade de um crime de suspeita

Ao pensarmos a criminalização do enriquecimento ilícito em termos de princípio da presunção de inocência, o primeiro problema que pode ser notado é a sua caracterização como um *crime de suspeita*. Conforme a "justificativa" oferecida pelo MPF, "com base na experiência comum por todos compartilhada, se a acusação prova a existência de renda discrepante da fortuna acumulada e, além disso, nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontam a existência provável de fontes lícitas, pode-se concluir que se trata de renda ilícita".[38]

---

36. *Vide:* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Rodrigues da Silva. *Quis custodiet ipsos custodes?* A presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal e a sociedade aberta de interpretes da Constituição. Out. 2016. Disponível em: [http://insightinteligencia.com.br/pdfs/73.pdf]. Acesso em: 28.11.2016.

37. O Tribunal Constitucional português rechaçou a tentativa de criminalização do "enriquecimento injustificado", sob a seguinte justificativa do Presidente: "O Tribunal Constitucional entendeu que a incriminação do 'enriquecimento injustificado', tal como feita pelo decreto da Assembleia, não só não cumpre as exigências decorrentes do princípio da legalidade penal (artigo 29.º, n. 1 da CRP) como, ao tornar impossível divisar qual seja o bem jurídico digno de tutela penal que justifica a incriminação, viola o princípio da necessidade de pena (artigo 18.º, n. 2 da CRP). (...) Considerou-se ainda que, logo na formulação do tipo criminal e pelo modo como ele foi construído, se contrariou o princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n. 2, da CRP), entendido na sua dimensão substantiva". Disponível em: [www.publico.pt/2015/07/27/politica/noticia/tc-sobre-enriquecimento-injustificado-1703319]. Acesso em: 28.11.2016.

38. BRASIL. Ministério Público Federal. Anteprojeto de Lei de Iniciativa Popular sobre o Enriquecimento Ilícito de Agentes Públicos. Disponível em: [http://combateacorrup-

Além do problema da inversão do ônus da prova, que, como destacado acima, que certamente tira a legitimidade da criminalização do enriquecimento ilícito, o seu caráter de *crime de suspeita* também é inaceitável. Afinal, o caráter fundamental do elemento probatório é ser indicativo de materialidade e autoria, para sua devida utilização pelo magistrado singular ao aplicar a sentença penal condenatória.

No entanto, ao apelar para a "experiência comum por todos compartilhada", o MPF utiliza a suspeita social para constituir o elemento probatório, o que é insuficiente para a constituição de culpa. Como indica a máxima latina, *delictum non praesumitur in dubio*, não é possível que seja configurado o crime tendo como base a presunção, ou seja, um conceito vago como a "experiência comum por todos compartilhada".

Deve-se negar a existência do compartilhamento de tal experiência, assim como a infinita mediocridade do elemento probatório que se quer utilizar para o delito de enriquecimento ilícito. Como indica Winfried Hassemer, o princípio da culpabilidade está sendo ameaçado, tanto na teoria como na prática, por interesses de uma ferrenha política criminal. É valido explicar e defender as missões irrenunciáveis que foram listadas: possibilidade de imputação subjetiva, exclusão da culpabilidade por caso fortuito, diferenciar e valorar a participação interna no evento externo e garantir a proporcionalidade das consequências jurídico-penais.[39-40]

No mesmo sentido, se for aceitável que uma vaga sensação social de determinados grupos de poder, sem a constatação dos elementos empíricos descritos por Hassemer, seja sobreposta a uma estrutura de processo penal acusatório, positivada na Constituição Federal e legitimada ainda pela ordem jurídica infraconstitucional existente, então é desnecessário que haja a jurisdição penal e o direito à ação, sendo à população determinado o retorno à autotutela no dimensionamento de seus conflitos.

---

cao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf]. Acesso em: 31.07.2016.

39. HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Traducido del alemán por Francisco Muñoz Conde. Disponível em: [www.juareztavares.com/textos/hassemer_alternativa_culpabilidade.pdf]. Acesso em: 31.08.2016. p. 10.

40. No texto original: "El principio de culpabilidad está siendo hoy amenazado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz. Es válido explicar y defender las misiones irrenunciables que se le han asignado: posibilidad de imputación subjetiva, exclusión de la responsabilidad por azar, diferenciar y valorar la participación interna en el suceso externo y garantizar la proporcionalidad de las consecuencias jurídico-penales".

5.2. Responsabilidade penal objetiva

É certo que a responsabilidade penal objetiva ocorre quando existe a imputação de um resultado tendo como base pressupostos puramente objetivos no injusto típico, ainda que seja necessário indicar que a teoria da imputação objetiva tenha um papel de retomar o foco do juízo de tipicidade para elementos objetivos, essa determinação não pode se esgotar na mera causação de um resultado. É necessário que haja, além disso, a criação de um risco não permitido e sua concretização em resultado lesivo para bem jurídico tutelado.[41]

Ao entendermos responsabilidade penal objetiva a imputação do fato pela simples causação do resultado, é muito importante que se tenha em mente sua impossibilidade diante das mudanças estruturais do Direito Penal ocasionadas com o finalismo.[42]

Nesse ínterim, de acordo com Lênio Streck[43], nenhum delito deve admitir responsabilidade penal objetiva e somente o caso concreto é que pode levar à condenação, não podendo o Direito penal punir tabula rasa. A título de breve esclarecimento, entende-se que a responsabilidade penal objetiva, conforme indica Claus Roxin, desenvolve-se como a imputação de um resultado a um agente tendo como base a simples causação de um resultado no mundo naturalístico. Nas palavras traduzidas do autor:

> (...) a teoria naturalista do crime se estrutura sobre um conceito de ação segundo o qual esta não passa de a causação voluntária de uma modificação no mundo exterior. O tipo também se esgota na descrição da referida modificação no mundo exterior, sendo valorativamente neutro.[44]

Ou seja, utilizar um critério puramente objetivo de imputação e de juízo de tipicidade é ignorar importantes avanços trazidos pelo finalismo em termos do

41. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio e Janeiro: Renovar, 2002. p. 11.
42. Há quem entendesse que, até então, os chamados delitos *preterdolosos* seriam considerados como hipótese admissível de responsabilidade penal objetiva. Sobre a discussão, no Direito Penal comparado, vide: FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale. Bologna: Zanichelli, 1990. p. 362.
43. STRECK, Lênio Luiz. Pode haver responsabilidade objetiva no direito penal? *Revista Consultor Jurídico*, 31.12.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-dez-31/senso-incomum-haver-responsabilidade-objetiva-direito-penal]. Acesso em: 09.08.2016.
44. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. (Tradução dos §§ 7 e 11, nm. 1/119, de *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, Beck, 1997). Tradução e introdução de Luís Greco. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 11-12.

conceito de ação e de tipificação de condutas. Hoje, portanto, sabe-se que devem ser considerados o dolo e a culpa no juízo de tipicidade subjetiva, além da utilização da teoria da imputação objetiva para regular o próprio nexo causal (objetivo) da conduta em relação ao resultado. Portanto, a responsabilidade penal objetiva é incabível na atual estrutura de Direito Penal existente, como delimita muito bem Eugenio Raul Zaffaroni:[45]

> O Direito não será – para esta concepção – uma ordem reguladora de condutas, mas sim de processos causais, o que é absurdo: o Direito não regula "ações", mas somente ações humanas voluntárias, ou seja, condutas. O Direito não proíbe nem permite outra coisa se não condutas humanas, pois, caso contrário, deixa de ser Direito, pelo menos no sentido que o concebemos dentro do atual horizonte de projeção de nossa ciência.[46]

No caso da criminalização do enriquecimento ilícito, percebe-se que o elemento subjetivo do tipo foi totalmente desconsiderado. Não há previsão culposa para o crime, além de que, considerando os argumentos expostos na justificativa, a simples constatação de que houve causa do resultado pelo agente, ou seja, de que foi percebida a incompatibilidade patrimonial do agente público para com o exercício de sua função, seria desejável a tipificação da conduta e a aplicação da pena cominada.

Nesses termos, não importa se houve depósito de má-fé ou tentativa de incriminação por meio de terceiros, pois a justificativa da facilitação da prova faz com que o elemento probatório se torne pré-disponível e inquestionável, não se podendo falar em ausência de dolo. É claro, portanto, que essa estrutura normativa viola o princípio da culpabilidade e o princípio da presunção de inocência, sendo também nesse aspecto incompatível com essenciais princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

6. Efetividade da criminalização do enriquecimento ilícito

Em um contexto indesejável de inflação legislativa e de crescente caráter administrativo que é relegado ao Direito Penal, toda efetividade de novas leis

45. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal, parte general*. 6. ed. Ediar: Buenos Aires, 2003. p. 348.

46. No texto original: "El derecho no será – para esta concepción – un orden regulador de conductas, sino de procesos causales, lo que es absurdo: el derecho no regula 'hechos', sino sólo hechos humanos voluntarios, es decir, conductas. El derecho no prohibe ni permite otra cosa que conductas humanas, pues de lo contrario deja de ser derecho, al menos en el sentido que lo concebimos dentro del actual horizonte de proyección de nuestra ciencia".

pode ser questionada. O penalista René Ariel Dotti indica corretamente que a quarta "praga" do sistema criminal brasileiro é a inflação legislativa, assim como suas causas e consequências. Sobre o tema, indica que:

> A tendência do Congresso Nacional em editar uma *legislação de pânico* para combater o surto da violência e a criminalidade organizada, caracterizada pelo aumento da pena de prisão e o isolamento diuturno de alguns condenados perigosos durante dois anos – além de outras propostas fundadas na *aritmética do cárcere* – revelam a ilusão de combater a violência do crime com a violência da lei.[47]

Nesse ínterim, o problema do desvio de verbas públicas e também, no âmbito extrapenal, da improbidade administrativa, é proveniente de uma crise institucional e investigativa que certamente não será resolvida com a atenuação dos limites constitucionais impostos ao aparato de persecução penal. Não obstante, a criminalização do enriquecimento ilícito é um reflexo dessa tentativa inidônea de se criar eficácia preventiva com a mitigação dos limites legais à pretensão punitiva do Estado.

6.1. Eficácia preventiva

Dessa forma, mantendo o atual objeto de análise unicamente na utilidade social e da eficácia preventiva que apresentaria a criminalização do enriquecimento ilícito, também não é possível vislumbrarmos grandes soluções para os problemas institucionais do desvio de verbas públicas e da improbidade administrativa.

Em termos de prevenção geral, ou da coação psicológica que apresentaria a medida para prevenir a prática das condutas citadas, a criminalização não parece muito eficaz. Afinal, como ensinam Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde[48], para determinarmos se a eficácia preventiva de uma norma é relevante em um plano empírico, três pressupostos devem ser analisados: o conhecimento sobre a norma, a motivação de agir conforme a norma e a idoneidade dos meios que criam a prevenção geral.

47. DOTTI, René Ariel. *As dez pragas do sistema criminal brasileiro*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/artigo/1321-Artigo-As-dez-pragas-do-sistema-criminal-brasileiro]. Acesso em: 08.08.2016.

48. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 306-317.

Sobre a perspectiva do conhecimento que a sociedade terá sobre a criminalização do enriquecimento ilícito, na figura do proposto artigo 312-A, não é possível dizermos que será diferente do conhecimento que a sociedade possui sobre outras leis penais. Afinal, nas dez medidas contra a corrupção não está incluído algum tipo de programa social cujo objetivo seja criar nos indivíduos o conhecimento sobre a nova lei e a pena em que incorrerão aqueles que a violarem. Em termos de conhecimento que a sociedade terá da proposta lei penal, portanto, não há diferenças relevantes quanto às leis existentes, ficando esse aspecto, da eficácia preventiva, delimitado como insuficiente para justificar a lei proposta.

Analisando a motivação social que os indivíduos teriam para não violar a lei, a resposta do novo artigo também é insatisfatória. Não há argumentos suficientes para que seja alegada uma melhoria na eficácia preventiva, nos termos de um aumento sobre a motivação que os indivíduos teriam em não violar a nova lei, o que decorre principalmente da ausência de lastro concreto para a sua aplicabilidade. Winfried Hassemer destaca com muita precisão que "a previsibilidade da eficácia de uma norma se mede pela qualidade e quantidade das condições objetivas postas a sua disposição para sua concretização instrumental".[49]

Embora permita um aumento substancial na possibilidade de punições arbitrárias (como demonstrado acima), leia-se, para os punitivistas: não houve sequer um aumento de pena em relação aos crimes de peculato, corrupção ativa e corrupção passiva, cujas penas cominadas são de reclusão, de dois a doze anos, e multa.

A eficácia preventiva da medida, quando analisada sobre o prisma da idoneidade da criminalização, não pode ser considerada legítima. A coação psicológica que a lei penal exerce sobre a sociedade, de forma a gerar prevenção geral sobre os delitos, deve ser compatível e limitada aos princípios constitucionais de Direito e Processo Penal existentes, pois, caso contrário, será constatada a sua clara inidoneidade e, portanto, a sua ilegitimidade diante do ordenamento jurídico. Ainda de acordo com os ensinamentos de Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde:[50]

49. HASSEMER, Winfried. *Direito penal:* fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles [*et al.*]. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2008. p. 221.

50. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 316.

> É certo que as penas, quando são conhecidas e incidem na motivação, intimidam as pessoas para que deixem de realizar comportamentos ameaçados com penas. (...) Mas isto não quer dizer que a forma de prevenir a criminalidade seja impor penas desproporcionais ou mais graves, sem que seja considerada a gravidade do delito e a culpabilidade do autor, pois isso, além de injusto, é contraproducente e pode provocar efeitos contrários aos que se pretende.[51]

Restou demonstrada, nos outros itens deste trabalho, a inidoneidade da criminalização do enriquecimento ilícito e sua incompatibilidade com os princípios constitucionais existentes. Dessa forma, fica muito claro que a medida proposta sequer é capaz de criar eficácia preventiva, restando inexistente qualquer possibilidade de se constatar a sua potencial efetividade e, ainda, ficando desprovida de necessidade ou significado prático para a solução dos problemas de desvio de verbas públicas no Brasil.

7. Conclusão

Tomando como referências as questões abordadas sobre a criminalização do enriquecimento ilícito, a segunda medida contra a corrupção proposta pelo MPF, resta evidente que sua clara incompatibilidade com os princípios constitucionais de direito e processo penal dissolvem sua legitimidade, tornando-a inaceitável diante das normas fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a criminalização, nos termos do proposto artigo 312-A, viola o princípio da legalidade, o da *lex certa* e o princípio da taxatividade. Por conseguinte, também viola o princípio da *ultima ratio*, sem que sequer contenha uma definição clara do que seja o bem jurídico tutelado. Fica ainda evidente a sua caracterização como expressão como Direito Penal simbólico e ausente de instrumentalidade adequada para a sua aplicação prática.

Em termos processuais, a medida causa sérios problemas quanto ao elemento probatório, podendo criar a autoincriminação do agente público e a

51. No texto original: "Es cierto que las penas, cuando son conocidas e inciden en la motivación, intimidan a las personas para que se abstengan de realizar comportamientos amenazados con pena. (...) Pero esto no quiere decir que la forma de prevenir la criminalidad sea imponer penas desproporcionadas, mientras más graves, mejor, independientemente de la gravedad del delito y la culpabilidad del autor, pues ello, además de injusto, puede ser contraproducente y provocar efectos contrarios a los que se pretende".

inversão do ônus da prova no Processo Penal, o que seria contradizer seus fundamentos. Os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência também poderiam ser violados por meio da vigência dessa proposta de lei, restando demonstrada também a criação da punibilidade de um crime de suspeita e, ainda, de elementos que nos permitem identificar a tipificação nos termos de uma responsabilidade penal objetiva.

A reflexão proposta nos permite concluir, portanto, que o problema do desvio de verbas públicas e também da improbidade administrativa não serão resolvidos ou amenizados com a criminalização do enriquecimento ilícito, que pode, ao contrário, criar enormes possibilidades para que o Estado exerça de forma arbitrária a sua pretensão punitiva. Nesses termos, e ao violar os princípios da legalidade, da taxatividade, da culpabilidade, da presunção de inocência, assim como imprescindíveis aspectos de nossa estrutura processual fundada em um sistema acusatório, sem sequer possuir efetividade prática ou eficácia preventiva, a medida proposta deve ser firmemente rejeitada.

8. Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Algumas reflexões sobre a corrupção ativa. Publicado na *Revista Jurídica* n. 321, p. 83. Disponível em: [http://amdjus.com.br/doutrina/tributario/4.htm]. Acesso em: 05.08.2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. ed. 12. São Paulo: Saraiva. 2008. v. 1: parte geral.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. Ministério Público Federal. Anteprojeto de Lei de Iniciativa Popular sobre o Enriquecimento Ilícito de Agentes Públicos. Disponível em: [http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf]. Acesso em: 31.07.2016.

CALLEGARI, André Luis. O princípio da intervenção mínima no direito penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim especial n. 70, de setembro de 1998. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2348-O-principio-da-intervencao-minima-no-direito-penal]. Acesso em: 03.08.2016.

CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil*: o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. v. I parte geral: (arts. 1º a 120).

DIETER, Mauricio Stegemann. A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação. Curitiba, 2008. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/15149/DISSERTA%C7%C3O%20COMPLETA.pdf;jsessionid=40B1F42A19C5C098828BE8781B276257?sequence=1]. Acesso em: 31.08.2016

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DOTTI, René Ariel. As dez pragas do sistema criminal brasileiro. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/artigo/1321-Artigo-As-dez-pragas-do-sistema-criminal-brasileiro]. Acesso em: 08.08.2016.

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos.* Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão.* Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale:* parte generale. Bologna: Zanichelli, 1990.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não autoincriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: [www.lfg.com.br]. Acesso em: 01.09.2016.

GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 277. Dezembro de 2015. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670--Reflexes-provisrias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilcito]. Acesso em: 02.08.2016.

GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. Tradução de Juarez Tavares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* a. 6, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 79-92, out./dez. 1998.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles [*et al.*]. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2008.

HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Traducido del alemán por Francisco Muñoz Conde. Disponível em: [www.juareztavares.com/textos/hassemer_alternativa_culpabilidade.pdf]. Acesso em: 31.08.2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris, 2009.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

NEUMANN, Ulfrid. "Alternativas: nenhuma": sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Tradução por Rafael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 23. v. 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out./2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Rodrigues da Silva. *Quis custodiet ipsos custodes?* A presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal e a sociedade aberta de interpretes da Constituição. Out. 2016. Disponível em: [http://insightinteligencia.com.br/pdfs/73.pdf]. Acesso em: 28.11.2016.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Org. e trad. André Luiz Callegari e José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. 1. ed. Traducción y notas de la 2. edición alemana: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. Fundamentos. La estrucutura de la teoria del delito.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. (Tradução dos §§ 7 e 11, nm. 1/119, de *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. München: Beck, 1997). Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Claus Roxin, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Coordenador e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio e Janeiro: Renovar, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46492]. Acesso em: 31.08.2016.

STRECK, Lênio Luiz. Pode haver responsabilidade objetiva no direito penal? *Revista Consultor Jurídico*, 31.12.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-dez-31/senso-incomum-haver-responsabilidade-objetiva-direito-penal]. Acesso em: 09.08.2016.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 0. p. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./1992.

TAVARES, Juarez. *O futuro do direito penal*. n. 3 (2011). Anais do I Congresso de Filosofia do Direito. Disponível em: [periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/2000/2183]. Acesso em: 31.08.2016.

TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. *In*: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson

de (org.). *Direito e psicanálise.* Interseções a partir de *O Processo,* de Kafka. 1. ed., v. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11.07.1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro:* primeiro volume – Teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal, parte general.* 6. ed. Ediar: Buenos Aires, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A dinamização do ônus da prova, de Roberto De Aragão Ribeiro Rodrigues – *RePro* 240/41-58 (DTR\2015\81);
- A problemática da criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – *Ciências Penais* 6/383 (DTR\2007\19);
- O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – *Ciências Penais* 10/211-286 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/915-979 (DTR\2009\35);
- O enriquecimento sem causa no contexto da teoria do fato jurídico, de Cristiano O. S. B. Schiller – *RDPriv* 71/279-292 (DTR\2016\24377);
- Princípios penais constitucionais, de Eduardo Ribeiro Moreira e Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça Fróes – *RDCI* 84/223-253 (DTR\2013\7366); 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).

Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia

Criminal evidence: semiotics and the importance of the chain of custody

Ana Luisa Zago de Moraes

Doutora (2016) e Mestre (2008) em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFSM (2006). Defensora Pública Federal titular do 3º Ofício Criminal da Defensoria Pública da União em Porto Alegre-RS.
analuisamoraes@hotmail.com

Recebido em: 13.07.2016
Aprovado em: 21.09.2016
Última versão autor: 16.02.2017

Áreas do Direito: Penal; Processual; Filosofia

Resumo: Saussure é considerado o pai da semiótica e da própria transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, e sua teoria inspirou Lacan. Para esse, o ingresso na linguagem é essencial ao indivíduo e às suas decisões, baseadas nos seus significantes, inclusive nas estruturas inconscientes. Morais da Rosa desafia a pensar a decisão judicial como construída em face de *significantes*, reconhecendo papel do inconsciente dos atores jurídicos envolvidos no processo judicial, cuja importância acontece na produção de *significantes preparatórios do ato decisório*. Considerando a impossibilidade de controlar esse processo, é necessária a manutenção de um rígido *sistema de controles epistêmicos*, que vai desde a produção da prova até a decisão judicial. Em relação aos meios de produção de prova, os métodos ocultos são os que mais necessitam de controle, devido ao risco gerado pela *evidência,* e esse controle enseja a observância da *cadeia de custódia*, cuja quebra gera a nulidade do processo e a determinação de desentranhamento da prova.

Palavras-chave: Processo penal – Semiótica – Provas – Cadeia de custódia.

Abstract: Saussure is considered the father of semiotics and own transition from philosophy of consciousness to the philosophy of language, and his theory inspired Lacan. For Lacan, the language is essential to the individual and their decisions based on their *significant*, even in the unconscious structures. For Morais da Rosa, the court decision as built using significant, recognizing unaware of the role of legal actors involved in the judicial process, the importance of which happens in the production of *preparatory significant decision-making act*. Due to the impossibility to control this process, is necessary to maintain a strict epistemic control system, from the production of the proof to the court decision, mainly the observance of the *chain of custody*, whose breaking generates the nullity and the determination of removal of proof from the judicial process.

Keywords: Criminal procedure – Semiotics – Criminal evidence – Chain of custody.

Sumário: 1. Considerações introdutórias. 2. A semiótica de Saussure a Lacan: signos, significantes e significados e o inconsciente estruturado como linguagem. 3. Da semiótica das provas à *bricolage de significantes*: a construção do convencimento judicial em matéria penal. 4. A importância da cadeia de custódia para a prova penal. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Considerações introdutórias

A questão da prova no processo tende a projetar-se fora da dimensão jurídica e a penetrar em outros campos, dentre eles a semiótica e a psicanálise.[1] Exemplo disso é a análise da vinculação, ou não, entre prova e verdade dos fatos da causa.[2] Haveria uma verdade formal, judicial ou processual que se estabeleceria no processo por meio das provas e dos procedimentos probatórios; ou, por outro lado, haveria uma verdade material, histórica, empírica ou simplesmente verdade? Existem diversas possibilidades de resposta a essa pergunta, merecendo destaque a posição de filósofos, psicanalistas e juristas quanto à impossibilidade de conhecimento dos fatos reais, mas apenas de decisões individuais e valorações subjetivas a respeito daqueles. [3]

O presente trabalho pretende analisar justamente a aplicação de métodos e modelos semióticos e psicanalíticos ao processo penal e, consequentemente, ao convencimento judicial em matéria penal,[4] inclusive para refletir sobre a importância da cadeia de custódia para uma decisão justa. A própria questão da justiça no processo penal, aliás, confunde-se com a questão probatória. Exemplo disso é que, para Taruffo, uma decisão justa é aquela que, além de

1. TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madri: Trotta, 2002, p. 22-23.
2. Verdade, dúvida e certeza são questões imanentes ao processo. Isso porque falar do processo é falar de atividade recognitiva: a um juiz dá-se o poder de dizer o direito no caso concreto, com o escopo pacificador. Por isso, entre seu conhecimento do caso concreto e a prolação da sentença, existe *um conjunto de atos preordenados a um fim*. Tais atos, tomando em conta aquele escopo, têm o fim de sanar a ignorância, razão pela qual se vai falar em *instrução* processual. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas à *verdade, dúvida e certeza,* de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 4, n. 14, 2004, p. 79-80).
3. TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madri: Trotta, 2002, p. 30-31.
4. O processo em que se produzem diálogos e se propõem e elaboram narrativas e é, portanto, estudado desde o ponto de vista das estruturas linguísticas e semióticas desses discursos (TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madri: Trotta, 2002, p. 50-51).

resultante do respeito ao processo penal democrático, se aproxime da verdade dos fatos.[5]

Devido à carga ideológica que a expressão "justiça" traz, Geraldo Prado prefere falar em "qualidade da decisão penal", mas também a relaciona com o procedimento probatório. Para o autor, a medida da qualidade é aferida: (a) pela compatibilidade dos procedimentos, entre eles o probatório, ao estado de direito; (b) pela definição do Ministério Público como sujeito processual protagonista da ação penal – e não mais pelo juiz; (c) pela afirmação categórica da principal função judicial como sendo de custódia do complexo dispositivo de construção da decisão penal; (d) e, por fim, pela identificação e delimitação dos métodos de demonstração empírica do fundamento das alegações das partes.[6]

Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa, da mesma forma, preferem falar em qualidade da decisão judicial, mediante: (a) a estrita observância do acusatório, com claro afastamento das funções de acusar e julgar, mas, principalmente, pela imposição de que a iniciativa probatória seja das partes e não do juiz (recusa ao ativismo judicial); (b) a maximização do contraditório; (c) a forma é garantia e limite de poder, em que a importância da "tipicidade processual" é novamente evidenciada.[7]

Para Michele Taruffo, a análise semiótica implica no reconhecimento de que a linguagem não se refere à realidade alguma, mas unicamente a entidades linguísticas: não existe correspondência ou vinculação entre expressões linguísticas e dados empíricos extralinguísticos; qualquer expressão linguística pode referir-se unicamente a outras expressões linguísticas. A determinação do significado pode, assim, produzir-se unicamente dentro da própria linguagem, sem referência alguma à realidade empírica (cuja existência fica, pois, necessariamente em dúvida) e desencadeia, em consequência, o mecanismo de uma semiose ilimitada, quer dizer, o contínuo e infinito reenvio desde um dado linguístico a outro em um intercâmbio contínuo de significados, o que serve para desconstruir a hipótese de que a linguagem usada pelos juristas (e, em particular, pelos juízes), tenha a ver de algum modo com a realidade empírica dos fatos.[8]

5. TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madri: Trotta, 2002, p. 520-521.
6. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39.
7. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 545.
8. TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madri: Trotta, 2002, p. 52-53.

Ferdinand de Saussure foi o principal referencial teórico para a análise semiótica – e, portanto, dos signos, significantes e significados –, e sua teoria inspirou Jacques Lacan, que promoveu uma análise do inconsciente estruturado como linguagem. Para Lacan, além da superação do complexo de Édipo, o ingresso na linguagem é essencial ao indivíduo e às suas decisões, baseadas nos seus significantes, inclusive nas estruturas inconscientes.

A semiótica de Saussure e a teoria psicanalítica de Lacan inspiraram a tese de doutorado de Alexandre Morais da Rosa, que desafia a pensar a decisão judicial como construída em face de *significantes*, rompendo com a tradição silogística[9] e se aproximando da *bricolagem*. Reconhece, portanto, o papel do inconsciente dos atores jurídicos envolvidos no processo judicial, cuja importância acontece na produção de *significantes preparatórios do ato decisório*. A pesquisa acontece, pois, em bases freudianas e lacanianas, com especial relevo para esta (o inconsciente, na perspectiva lacaniana, possui uma tripartição estrutural, composta por 'Real-Simbólico-Imaginário'). Conclui Morais da Rosa que é impossível responder como se constrói a decisão judicial, mas é certo que a decisão penal não é uma aplicação singela da lógica dedutiva de um sujeito consciente, mas está vinculada a múltiplos condicionantes constituindo-se resultado cujos atores jurídicos congregam uma responsabilidade ética material para com o *outro* e com o *Outro*. [10]

Aury Lopes Jr. e Geraldo Prado, influenciados também pela obra de Michele Taruffo sobre prova, e reconhecem a superação da *filosofia da consciência* pela *filosofia da linguagem*,[11] Enquanto a filosofia da consciência pretende assegurar

9. Segundo a tradição silogística, existe correspondência entre o fato e a norma e dessa se subsume os efeitos da decisão. A decisão seria o resultado da subsução do fato à norma. Trata-se de uma concepção estáica da relação norma/fato (TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madri: Trotta, 2002, p. 99).

10. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal*: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 383.

11. Até Kant, o pensamento filosófico era marcado pelo "ser" (filosofia do ser), a partir dele, sobreveio a filosofia da consciência e, de Wittgenstein aos nossos dias, a filosofia da linguagem, com o advento do "giro linguístico" e de todas as implicações que se abriram para a teoria da comunicação (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: linguagem e método. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 25). Para a filosofia da consciência, com base em Descartes (e sua máxima "penso, logo existo"), Platão (e sua dicotomia corpo/alma), e outros referenciais, para conhecer o "mundo externo" devia-se perscrutar detalhadamente o "mundo interior", ou seja, a razão era suficiente para explicar a realidade. Por mais de dois séculos esta "filosofia da consciência" foi o principal palco dos debates científicos. Contudo, certos efeitos metodo-

o acesso à realidade como objeto autônomo de conhecimento, totalmente desvinculado do sujeito – algo como ter acesso "à verdade como ela é", "à verdade real" ou ao "fato puro" –, a filosofia da linguagem reconhece a impossibilidade do acesso ao "fato puro", e possibilita compreender melhor a *atividade recognitiva* a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença.[12]

Sob a ótica da filosofia da linguagem, reconhece-se a necessidade da manutenção de um rígido *sistema de controles epistêmicos* e, pois, da observância da *cadeia de custódia,* principalmente em relação aos meios ocultos de produção de provas, para garantia de uma "decisão justa" ou da "qualidade" desta, conforme as teorias supramencionadas.

Daí porque é imprescindível a análise da semiótica de Saussure, considerado o pai da semiótica e da própria transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem; e inspirador de Lacan, para quem o ingresso na linguagem é essencial ao indivíduo e às suas decisões, baseadas nos seus significantes, inclusive nas estruturas inconscientes.

2. A semiótica de Saussure a Lacan: signos, significantes e significados e o inconsciente estruturado como linguagem

Ferdinand de Saussure nasceu em Genebra, em 26 de novembro de 1857, e viveu na Alemanha, na França e também na Suíça. Estudou linguística, doutorou-se e lecionou na área. Publicou muito pouco em vida, e a principal obra, o *Curso de Linguística geral,*[13] derivou das anotações de seus alunos sobre suas

lógicos e epistemológicos influenciaram diversos questionamentos de sua hegemonia, sendo a primeira grande ruptura a linguística estrutural de Saussure. A segunda mudança de paradigma frente ao cartesianismo teve início com a elaboração da teoria da quantificação (base da lógica moderna). Ibañez aponta que estas duas rupturas provocaram drásticas alterações na forma de conceber e praticar o conhecimento: deslocamento do estudo das ideias, de ordem introspectiva e privada, pelos estudos da linguagem, de ordem objetivada e pública; mudança da concepção de que não mais são as ideias que captam os objetos da realidade, mas sim que a própria linguagem as constrói. Com a centralidade da linguagem nos processos sociais passando a ganhar muito mais importância, o desenvolvimento de perspectivas construcionistas foi grandemente estimulado, tanto nas ciências humanas quanto sociais (IBÁÑEZ, T. O giro lingüístico. *In*: IÑIGUEZ, L. *Manual de Análise do Discurso em Ciências Sociais*. Petrópolis, Vozes, 2004, p. 25).

12. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.
13. SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique generale*. Payot: Paris, 1965.

últimas aulas, e foi publicada em 1916, três anos após sua morte, ocorrida em 1913. Assim, não existe um trabalho sistemático e formal de autoria do próprio pensador à disposição do grande público.[14]

Certo é, no entanto, que o autor exerceu muita influência na *semiótica* e, mais especificamente na *linguística,* e suas ideias mais divulgadas são: (a) a noção de *arbitrariedade* do *signo* linguístico; (b) a distinção entre *significante* e *significado;* (c) a dicotomia entre *sincronia* e *diacronia*; (d) a oposição entre *langue* (língua como um sistema) e *parole* (língua em uso).[15]

Para Saussure, a semiologia (deriva do grego, *semeion,* ou seja, signo) ou semiótica é uma nova disciplina: uma ciência que estuda a vida dos *signos* no interior da vida social. Trata-se, portanto, da ciência geral dos *símbolos*, que estuda todos os fenômenos culturais como se fossem sistemas de significação. Assim, formaria parte da *psicologia social* e, em consequência, da psicologia geral, sendo que a *linguística* não é mais que uma parte dessa ciência geral. A linguística, mais especificamente, estuda os signos linguísticos, ou seja, da linguagem verbal. Esse pensamento põe em evidência a estreita relação entre a *vida dos signos* e a *vida social*.[16]

---

14. BOUISSAC, Paul. *Saussure*: um guia para os perplexos. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 7.

15. BOUISSAC, Paul. *Saussure*: um guia para os perplexos. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 8. Langue *está no campo social e parole situa-se na esfera do individual.* A langue é o acervo linguístico, "é o conjunto de hábitos linguísticos que permitem a uma pessoa compreender e fazer-se compreender", e não está completa em nenhum indivíduo, mas apenas na massa, por isso, ela é, ao mesmo tempo, realidade psíquica e instituição social. Para Saussure, a langue é, ao mesmo tempo, um produto social da faculdade da linguagem e um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos. Trata-se da "parte social da linguagem, exterior ao indivíduo, que, por si só, não pode nem criá-la nem modificá-la; ela não existe senão em virtude de uma espécie de contrato estabelecido entre os membros da comunidade" (CARVALHO, Castelar de. *Para compreender Saussure*: fundamentos e visão crítica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 11). *Parole,* ao contrário da *langue, é um ato individual de vontade e inteligência.* Saussure classifica a *parole* como o *lado executivo* da linguagem cuja *"execução jamais é feita pela massa; é sempre individual e dela o individuo é sempre senhor; nós a chamaremos fala* (parole)". Assim existe a *fala* (parole) em oposição a *língua* (langue). A *parole,* ao contrário da *langue,* por se constituir de atos individuais, torna-se múltipla, imprevisível, irredutível a uma pauta sistemática. (CARVALHO, *op. cit*., p. 12). Nesse sentido também: SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique generale*. Payot: Paris, 1965, p. 25-27 e 139.

16. Assim, pode-se resumir o seguinte esquema: psicologia geral –> psicologia social –> semiologia –> linguística. (*Curso de Linguistica Geral*, p. 35). BULEA, Ecaterina.

Os *signos* são unidades significativas[17] que derivam de construções humanas, produtos sociais, a saber, valores temporários e frágeis e, portanto, mais relacionados com o *devir* do que com o *ser*.[18] São unidades integralmente psíquicas, que revelam uma ordem cuja origem não tem correspondência inequívoca com entidades pré-organizadas e positivas. Derivam, antes de tudo, de *processos de diferenciação-associação,* que incidem sobre *imagens,* ou sobre *representações* de sons e de objetos.[19] Daí porque falar-se que, para Saussure, subsiste a *arbitrariedade dos signos*.[20]

O signo contrapõe-se a outros *sinais*, como os naturais – fumaça, trovoada, nuvens, cheiro, luz, por exemplo –, os sintomas – pulsação, dor, suor etc. – e mesmo outros convencionais, como um *ícone* ou imagem. Exemplo de *signo* totalmente arbitrário é a própria palavra, enquanto que o *símbolo,* semiarbitrário, é um tipo intermediário entre o *icone* e o *signo* – por exemplo, a balança é o símbolo da Justiça, a espada, símbolo do Exército, a cruz simboliza o Cristianismo.[21]

O processo de comunicação é um processo de *construção,* de *criação permanente de entidades significantes,* levando-se em consideração a interação social e resgate de entidades herdadas ao longo da história. Para Saussure, os signos

Nuevas lecturas de Saussure. *In*: RIESTRA, Dora (org.). *Saussure, Voloshinov y Baktin revisitados*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2010, p. 31-32. Nesse sentido também: SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique generale*. Payot: Paris, 1965, p. 20-22.

17. BOUISSAC, Paul. *Saussure*: um guia para os perplexos. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 152.
18. BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno:* séculos XVII e XVIII. Trad. Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70. V. I, p. 37-40. Nesse sentido, ainda: GAUER, Ruth M. C. *O Reino da Estupidez e o Reino da Razão*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 198.
19. BULEA, Ecaterina. Nuevas lecturas de Saussure. *In*: RIESTRA, Dora (org.). *Saussure, Voloshinov y Baktin revisitados*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2010, p. 33-34.
20. Para Saussure, a significação das palavras não é resultado de um acordo formal que possa ser expresso em termos de um contrato. A conexão que se estabelece entre o significante e o significado é fruto de uma convenção social que herdamos quando adquirimos nossa língua nativa – daí porque falar-se em *naturalidade* da língua – ou, em certa medida, quando aprendemos línguas secundárias. Como consequência dessa arbitrariedade (ou relativa arbitrariedade das associações entre imagens acústicas e conceitos), não há correspondência absoluta entre as palavras de línguas diferentes. Da mesma forma, o surgimento de novas palavras em uma língua resulta de um consenso inconsciente da sociedade (BOUISSAC, Paul. *Saussure*: um guia para os perplexos. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 158-162).
21. CARVALHO, Castelar de. *Para compreender Saussure*: fundamentos e visão crítica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 48.

emergem e se realizam mediante a interação social, entendida como uma permanente confrontação e negociação de sua própria produção.[22] Em razão disso, as próprias línguas são fenômenos *naturais*, sócio-históricos, e têm vida, um movimento incessante, transformando-se com o tempo e com o uso.[23]

Saussure divide o *signo linguístico* em duas faces: *significado* e *significante*. Esses elementos estão estritamente ligados e por isso podemos dizer que o *signo é a relação de um significado com um significante*. O significado é o conceito, ou seja, uma ideia, aquilo que podemos abrir o dicionário e encontrar. O significante é uma imagem acústica, que é a junção de letras mais o som que essas letras produzem. Um conceito vai sempre remeter a uma imagem acústica e vice-versa.[24]

Os dois elementos que constituem o signo (significante e significado) estão intimamente unidos, são interdependentes, bem como inseparáveis. Exemplificativamente: quando um falante de português recebe a impressão psíquica que lhe é transmitida pela imagem acústica ou significante */kaza/*, graças à qual se manifesta fonicamente o signo *casa,* essa imagem acústica, de imediato, evoca-lhe psiquicamente a ideia de abrigo, lugar para viver, estudar, fazer suas refeições, descansar etc. Assim, o falante associa o significante */kaza/* (parte perceptível do signo) ao significado constante no dicionário, a uma ideia, a uma evocação psíquica (contraparte intelegível), e não a uma coisa, pois "*o significado não é uma coisa, mas uma representação psíquica da coisa.*"[25]

É importante perceber que, para Saussure, não existe o *significante verdadeiro* e, portanto, qualquer um é válido. No entanto, apesar de se tratar do óbvio (que a relação entre os dois constituintes do signo seja arbitrária), esta tem sido a mais discutida e criticada postulação saussuriana, e que mais repercute no convencimento judicial e, portanto, objeto da presente pesquisa.[26]

Saussure afirmava ainda que o signo como um todo só tem *valor* colocado dentro de um determinado sistema linguístico, do qual é parte integrante.

22. BULEA, Ecaterina. Nuevas lecturas de Saussure. *In*: RIESTRA, Dora (org.). *Saussure, Voloshinov y Baktin revisitados*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2010, p. 36-37.
23. BULEA, Ecaterina. Nuevas lecturas de Saussure. *In*: RIESTRA, Dora (org.). *Saussure, Voloshinov y Baktin revisitados*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2010, p. 17-21.
24. CARVALHO, Castelar de. *Para compreender Saussure*: fundamentos e visão crítica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 53.
25. CARVALHO, Castelar de. *Para compreender Saussure*: fundamentos e visão crítica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 53.
26. CARVALHO, Castelar de. *Para compreender Saussure*: fundamentos e visão crítica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 51.

O valor, portanto, sempre resulta necessariamente de uma relação, tanto é que uma significação existe somente em virtude das diferenças entre os signos.[27] O valor resulta sempre de uma *comparação* (relações sintagmáticas) e de *oposições funcionais* (relações paradigmáticas).[28] Para o autor, um sistema linguístico é uma série de *diferenças de sons* combinada com uma série de *diferenças de ideias*.

A distinção entre pesquisa descritiva (sincrônica) e pesquisa histórica (diacrônica) também é muito importante na obra de Saussure.[29] Enquanto a diacronia estuda o *processo* de evolução da língua e suas causas, a sincronia é estática, descritiva, gramática, geral, interessando-se pelo *sistema* e pelo modo de funcionamento da língua, fazendo descrições e abstraindo o tempo. Para Saussure, tudo na sincronia se prende a dois eixos: o eixo *associativo* (paradigmático) e o *sintagmático*.[30]

Esse interesse pelo *sistema* linguístico e pela tese de Saussure de que a língua é um sistema de relações, cujos elementos devem ser estudados sincronicamente, começou a ser disseminado e influenciou o *estruturalismo* de Claude Lêvi-Strauss, no ramo da antropologia,[31] bem como pesquisadores de diversas outras áreas, dentre elas a psicanálise, merecendo destaque Jacques Lacan. Para o primeiro, uma estrutura apresenta um caráter de sistema e "…consiste em elementos tais que uma modificação qualquer de um deles acarreta uma modificação de todos os outros".[32]

27. BOUISSAC, Paul. *Saussure*: um guia para os perplexos. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 169.
28. Segundo Saussure, sintagma é *"a combinação de formas mínimas numa unidade linguística"*. Trata-se de relações onde o que existe, em essência, é a reciprocidade, a coexistência ou solidariedade entre os elementos presentes na cadeia da fala. Sendo assim, o sintagma, em sentido lato, é toda e qualquer combinação de unidades linguísticas na sequência de sons da fala. Exemplo de sintagma: *"se fizer bom tempo, sairemos"*. Paradigma é o restante das formas da langue, das quais são extraídos os elementos para formar o sintagma (CARVALHO, Castelar de. *Para compreender Saussure*: fundamentos e visão crítica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 28).
29. SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique generale*. Payot: Paris, 1965, p. 114-117.
30. CARVALHO, Castelar de. *Para compreender Saussure*: fundamentos e visão crítica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 28.
31. LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*. São Paulo: Cosacnaif, 2014, p. 57-59. O estruturalismo é mais uma tendência, um espírito metodológico do que uma escola com sua dogmática estabelecida. Estrutura é *"uma entidade autônoma de dependências internas"*. (CARVALHO, Castelar de. *Para compreender Saussure*: fundamentos e visão crítica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 65).
32. LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*. São Paulo: Cosacnaif, 2014, p. 397-400.

Jacques Lacan foi um psicanalista francês nascido em abril de 1901 e falecido em setembro de 1981, cuja teoria psicanalítica se funda nos estudos da antropologia estrutural, principalmente de Lévi-Strauss, e da linguística de Saussure.[33] A originalidade de Lacan reside em ter atualizado a teoria do inconsciente de Freud[34] segundo o método estruturalista de hoje e ter-lhe aplicado o enfoque da linguística de Saussure.[35] Segundo o autor, os simbolismos socioculturais e linguísticos se impõem com suas estruturas, como ordens já constituídas, antes do surgimento do indivíduo, que será modelado pelas estruturas de linguagem.[36]

Para Lacan, o inconsciente é a estrutura oculta abaixo da aparência de uma disposição consciente e lúcida de si. É estruturado como linguagem, e os significantes inconscientes se organizam em uma rede em que regem distintas relações de associação.[37] Entre o consciente e o inconsciente são constituídos com o tempo uma complexa rede de significantes, segundo um modelo linguístico. Da mesma forma, a organização social é uma ordem de signos interdependentes, ligados por leis concretas.[38]

---

33. RIFFLET-LAMAIRE, Anika. *Lakan*: prólogo e textos de Jacques Lacan. Buenos Aires: Sudameris, 1970, p. 33.

34. Sigmund Freud (1856-1939), médico neurologista austríaco, iniciou seus estudos com o tema da histeria e, posteriormente, das doenças nervosas e tratamentos como hidroterapia. Posteriormente, passou a estudar e usar a hipnose em seus pacientes, inclusive mediante a catarse. Escreveu sua primeira "análise completa de uma histeria", considerado o primeiro instrumento para o exame científico da mente humana e do *inconsciente* e o ponto de partida da psicanálise (FREUD, Sigmund. Estudos sobre a histeria. Rio de Janeiro: Imago, 1974, p. 15-23). Freud não só desenvolve sua teoria sobre o inconsciente, como articula o conteúdo do inconsciente ao ato da fala, especialmente aos atos falhos, e aos sonhos, ressalando que "o simbolismo é, talvez, o mais notável capítulo da teoria dos sonhos" (FREUD, Sigmund. *Conferências Introdutórias sobre Psicanálise* (1916-1917): sonhos. Rio de Janeiro: Imago, 1969, p. 99-101).

35. O signo, o significado e principalmente o significante são termos que Jacques Lacan retomou do Curso de linguística geral de Saussure para demonstrar como o inconsciente é estruturado como linguagem.

36. RIFFLET-LAMAIRE, Anika. *Lakan*: prólogo e textos de Jacques Lacan. Buenos Aires: Sudameris, 1970, p. 33-34. Lacan, ao invés de indivíduo, menciona o *infans,* expressão equivalente à criança que ainda não fala.

37. Exemplos manifestos das formações do inconsciente são: sonhos, sintomas etc. Lacan menciona, ainda, a utilização do símbolo como motivação secreta (RIFFLET-LAMAIRE, Anika. *Lakan*: prólogo e textos de Jacques Lacan. Buenos Aires: Sudameris, 1970, p. 35 e 94).

38. A conexão dos significantes com seus significados se realiza pela mediação do conjunto dos signos de linguagem (RIFFLET-LAMAIRE, Anika. *Lakan*: prólogo e textos de Jacques Lacan. Buenos Aires: Sudameris, 1970, p. 34).

Enquanto para Saussure o significado está sempre em prevalência ao significante, para Lacan a prioridade é do significante sobre o significado, porque o inconsciente se interessa pelo significante muito mais do que pelo significado: o inconsciente não se interessa pela definição do dicionário, como no exemplo *árvore*, que é no dicionário um vegetal de tronco lenhoso cujos ramos saem à curta altura do solo. O que interessa, o que é mais importante para o inconsciente, é o que o significante *árvore* remete ao sujeito, podendo remeter, por exemplo, a uma árvore de uma cena da infância onde ocorreram situações fortes da vida libidinal do sujeito.[39]

Para Lacan, paralelamente à resolução do complexo de Édipo,[40] a criança adquire o pleno uso da linguagem mediante a apropriação da categoria gramatical do "eu". O *infans* (criança que ainda não fala) que, em um primeiro estágio, utiliza para designar-se o primeiro nome seguido de verbo na segunda pessoa do singular, realiza, em uma segunda fase, a plena assunção de sua personalidade. Assim, o ingresso na ordem simbólica constitui o requisito da singularidade, paralelamente à resolução do Édipo, que libera o sujeito.

Dessa forma, ambos os fenômenos promovem o sujeito à sua participação no mundo da cultura e da civilização: a criança, ao interiorizar a Lei, separa-se da mãe, dispõe de si mesmo, se inscreve no social, na cultura e ingressa na linguagem. Lacan conclui, ainda, que o Édipo se revela como a articulação inconsciente de um mundo humano de cultura e de linguagem, como a estruturação propriamente das formas inconscientes da sociedade e, por fim, que o inconsciente é a própria condição da linguagem.[41]

---

39. Exemplo extraído de: MALHÃES, Guilherme. *Signo, significante e significado*. Disponível em: [http://meuamor-meuodio.blogspot.com.br/2009/11/signo-significado-e-significante.html]. Acesso em: 26.05.2015.

40. São três os componentes do Édipo: a Lei; o Modelo; a Promessa. No Édipo, o que está proibido é fazer coincidir a relação de parentesco com a relação de aliança (ou seja, deitar-se com a mãe e gerar nela um filho). Se estas relações coincidem, a instituição simbólica familiar resulta abolida, o registro da cultura se vê deslocado pela natureza. A proibição do incesto superpõe a lei da cultura à lei da natureza. Os componentes do Édipo derivam do fato de que o pai é aquele que reconhece a criança, quer dizer, lhe confere sua personalidade por uma Palavra que é Lei, vínculo de parentesco espiritual e promessa (RIFFLET-LAMAIRE, Anika. *Lakan*: prólogo e textos de Jacques Lacan. Buenos Aires: Sudameris, 1970, p. 141). Ainda sobre o tabu do incesto como a origem da norma, remetendo-se a Lévi-Strauss e a Freud: GAUER, Ruth. *A fundação da norma*: para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

41. RIFFLET-LAMAIRE, Anika. *Lakan*: prólogo e textos de Jacques Lacan. Buenos Aires: Sudameris, 1970, p. 153.

3. Da semiótica das provas à *bricolage de significantes*: a construção do convencimento judicial em matéria penal

O processo penal está destinado a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato, e as provas são os meios através dos quais será feita tal reconstrução: *atividade recognitiva* a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. Segundo Aury Lopes Jr., por se tratar de uma atividade *recognitiva,* todas as provas são indiretas, pois consistem em *signos* do susposto fato. [42]

Por serem *signos*, existe uma relação semiótica entre os métodos de produção das provas e o *convencimento judicial*, que não deixa de ser o *convencimento psicológico do juiz,* que *elege* versões e até mesmo o *significado da norma,* segundo sua própria carga ideológica.[43] Levando-se em consideração as teorias de Saussure e de Lacan, dessume-se que o julgador constrói seu convencimento a partir de sua interpretação dos signos a que teve acesso, construindo seus significados mediante processos que envolvem as suas estruturas inconscientes – que são estruturadas como linguagem e, portanto, com seus significantes comuns e significados pré-concebidos – e também conscientes, mas sempre de forma *arbitrária,* no sentido proposto por Saussure, porque essa é uma característica da linguagem.

Dessa forma, se o valor das provas é atribuído livremente pelo juiz, a partir de sua *convicção pessoal*, porque não há como ser diferente, todas as decisões devem ser fundamentadas: trata-se do princípio do livre convencimento (art. 157 do Código de Processo Penal) ou da *convicção racional*. A partir da premissa de que todas as decisões devem ser fundamentadas, a valoração da prova deverá ser feita através de uma *roupagem racional e tecnicamente legítima*, inclusive para possibilitar a consciência do julgador sobre suas próprias limitações ou tentações, de modo a resguardar contra seus eventuais prejulgamentos, em função de sua *ineliminável humanidade*.[44]

Daí porque a principal garantia do indivíduo é a de ser julgado com base na prova produzida dentro do processo.[45] Em razão disso, deve-se distinguir

42. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 351-352.

43. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 354.

44. COUTINHO, Jacinto Nelson de Mirada. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. Ano 1 – 2001 – n. 1. Porto Alegre: Nota Dez, 2001, p. 51-51.

45. Trata-se, inclusive, de derivação do fundamento ético do processo penal, que reconhece que estão em jogo as garantias do imputado (PRADO, Geraldo. *Prova Penal e*

atos de prova de *meros atos de investigação* produzidos na fase pré-processual, sendo que os primeiros estão dirigidos a convencer o juiz de uma afirmação; estão a serviço do processo e integram o processo penal; dirigem-se a formar a convicção do juiz para o julgamento final; servem à sentença; exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; são praticados ante o juiz que julgará o processo. Portanto, somente são considerados atos de prova aqueles aptos a fundamentarem a sentença e praticados dentro do processo, à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo legal.[46]

Essa garantia implica na *verdade processual,* e não *verdade real*,[47] com fundamento no devido processo legal,[48] o que justifica a adoção de um rigoroso *sistema de controles epistêmicos*.[49]

Esse sistema pretende controlar não somente a decisão judicial, sua motivação e racionalidade, mas também toda a atividade probatória – inclusive os meios de produção de provas – que levou à decisão final. Assim, segundo Geraldo Prado, além de se cogitar do "acerto do decidido" é necessário interrogar sobre os caminhos percorridos para o acesso aos meios e fontes de prova.[50]

Dessa forma, o primeiro dispositivo do sistema de controles epistêmicos é a etapa preliminar de admissibilidade da denúncia como filtro contra acusações infundadas ou com lastro em prova ilícita.[51] Além disso, também devem ser controlados os métodos ocultos de investigação (interceptação das comuni-

sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 43).

46. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 362.
47. Para Aury Lopes Jr., a verdade, no processo, é contingencial, e a legitimação da decisão se dá por meio da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo. São essas regras que, estruturando o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e também do outro extremo, em que se situa o processo inquistório e sua verdade real (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83).
48. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 362.
49. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 43.
50. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 82.
51. Após a reforma processual de 2008, o modelo passou a contemplar três etapas (ao invés das tradicionais duas – investigação criminal e processo): investigação criminal, admissibilidade da acusação (art. 394, § 4º, do CPP) e instrução probatória. A etapa intermediária encerra com a admissão ou rejeição da denúncia ou ainda com a absolvição do acusado. (PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmi-*

cações e afastamento de dados sigilosos) e de um modo geral a totalidade dos elementos informativos que subsidiam acusações.[52] Segundo Geraldo Prado, o contraditório e a ampla defesa, por sua vez, também compõem esse sistema de controle, de forma a possibilitar a ampla participação da defesa na instrução probatória, inclusive mediante a produção de provas em todas as fases do processo,[53] ressaltando o processo com *diálogo entre as partes,* em uma consolidação do contraditório como exercício da *linguagem*.

Somente após o decurso do processo com ampla aplicação do sistema de controles supramencionados é que a decisão, tomada como resolução de uma determinada controvérsia, elege os argumentos e a base empírica que de forma coerente deve estar coordenada com estes argumentos para demonstrar a plausibilidade e acerto dela própria. Por fim, o julgamento deverá estar articulado com a decisão política que a lei encarna, dialogando em termos racionais com as expressões empregadas no texto legal, o que também coaduna com o controle epistêmico em referência.[54]

Antes disso, o juiz deve tomar uma série de decisões, em particular a respeito da relevância das provas, da credibilidade dos meios de prova, da valoração da aceitabilidade de cada prova concreta, da valoração conjunta de todas as provas disponíveis, e, por último, o juízo final sobre a verdade ou falsidade dos fatos.[55]

Com efeito, isso quer dizer que os *significantes* adquiridos *validamente* no decorrer deste processo democrático precisam, ao seu final e pelo *juiz,* ser selecionados, simplificados, articulados, organizados, para que somente então o sentido advenha, num processo de *bricolagem jurídica.* Por isso que o ato decisório, para além da lógica, precisa atender às *regras do jogo processual* e estar permeado, segundo Alexandre Morais da Rosa, de uma ética material capaz de construir uma decisão eticamente adequada ao *mundo da vida*.[56]

---

cos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 45).

52. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 43.
53. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 43.
54. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 63-65.
55. TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madri: Trotta, 2002, p. 520-521.
56. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal*: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 385.

4. A importância da cadeia de custódia para a prova penal

Os *métodos ocultos de investigação* são *providências cautelares* que têm por objetivo colher *informações* acerca da existência de *meios de prova* dos eventos penalmente relevantes, protegendo-os contra o risco de desaparecimento em virtude do fator tempo. Ocorre que tais práticas, na atualidade, têm debilitado progressivamente o princípio do *nemo tenetur sine detegere* (o direito de não produzir prova contra si mesmo), e tendem a violar o âmbito essencial da configuração da vida privada. Isso porque a legalidade penal não se desenvolve na mesma velocidade para estipular critérios e definir mecanismos que a protejam contra as intrusões repudiadas constitucionalmente.[57]

Um dos fatores que contribuem para essa tendência é que, entre uma interceptação telefônica colhida unilateralmente (meio de obtenção de prova), em um contexto de supressão do *nemo tenetur,* por exemplo, e outros elementos informativos filtrados pelo contraditório judicial, a primeira é, em tese, de qualidade epistêmica superior, uma vez que aparenta remeter à "verdade real". Desse raciocínio resulta do fato de que, no campo dos métodos ocultos de investigação, as inovações tecnológicas introduzidas parecem capazes de realizar os objetivos perseguidos pela filosofia da consciência.[58] As interceptações, assim com a coleta de material genético, têm pretensão de "evidência", verdadeiros atalhos para obtenção da tão almejada (e ilusória) "verdade", que sedam os sentidos e têm a pretensão de bastar-se por si só. [59]

Aplicando os *sistemas de controles epistêmicos* aos métodos ocultos de investigação, o juiz deve interrogar sobre o caráter excepcional da situação de fato submetida ao crivo judicial e, a *posteriori,* a intervenção judicial deve focalizar a execução da medida para evitar abusos.[60] A motivação dessas decisões deve indicar os elementos que convenceram acerca da adequação da medida aos fins propostos e, ainda, a definição dos meios de sua execução

57. Dispõe o art. 5º, XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sobre a reserva de jurisdição: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual pena".

58. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 69.

59. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34-35.

60. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 65.

e fiscalização.[61] Além disso, deve considerar a possibilidade de manipulação dos suportes, em regras digitais, que recepcionam o resultado das diligências executadas com base em interceptações telefônicas, de e-mails, ambientais, infiltração de policiais e colaboração premiada, motivo pelo qual deve atentar para a preservação das fontes de prova e a fiabilidade da prova.

A *cadeia de custódia* é justamente designação pela qual é conhecido o dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios. Trata-se de um processo usado para manter e documentar a história cronológica da evidência, e deve resultar em documentação formal no interior do processo.[62]

No direito norte-americano, a cadeia de custódia (*chain of custody*) já é considerada uma garantia processual. Da mesma forma, mesmo no Brasil, a material já era estudada em relação à perícia criminal: assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial, comprovando que não houve adulteração da evidência, e ela não foi contaminada, tanto por outros elementos armazenados nas proximidades, como pelo recipiente no qual está armazenada a prova.[63] Essa analogia à perícia criminal é relevante para atentar que a preservação da cadeia de custódia exige grande cautela por parte dos agentes do estado, da coleta à análise, de modo que se exige o menor número de custódios possível e a menor manipulação do material, o que conduz à menor exposição. Expor menos é proteção e defesa da credibilidade do material probatório.[64]

Logo, cadeia de custódia é um mecanismo de prospecção e de preservação das provas, ao ponto de torná-las disponíveis para as partes. Sua violação dá ensejo à aplicação da sanção processual de nulidade.[65]

---

61. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 78.
62. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80-82.
63. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80-82.
64. LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *CONJUR*. 16 de janeiro de 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal?imprimir=1]. Acesso em: 14.03.2015.
65. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 87.

Assim, ao longo da investigação, os suportes técnicos que resultam da operação devem ser preservados (exemplo, a integralidade dos diálogos colhidos mediante interceptação telefônica), uma vez que, apenas dessa maneira, é possível assegurar à defesa o conhecimento das fontes de prova. Sem esse rastreamento e manutenção, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado (princípio da "desconfiança").[66] Da mesma sorte, poderá haver a supressão de evidências favoráveis ao acusado, o que viola o princípio da "mesmidade" da prova.[67]

A "desconfiança", decorrência salutar em democracia, onde se desconfia do poder, que precisa ser legitimado sempre, "consiste na exigência de que a prova (documentos, DNA, áudios etc.) devam ser 'acreditados', submetidos a um procedimento que demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser". Isso porque o tema de provas exige a intervenção de regras de "acreditação", pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório, há que ser "acreditado", legitimado, valorado desde sua coleta até a produção em juízo para ter valor probatório.[68]

A "mesmidade", por sua vez, consiste na garantia de que a prova valorada é exatamente e integralmente aquela que foi colhida, correspondendo, portanto, "a mesma". Não raras vezes, por diferentes filtros e manipulações feitas pelas autoridades que colhem ou custodiam a prova, o que é trazido para o processo não obedece a exigência de "mesmidade", senão que corresponde ao signo de "parte do", que constitui, em última análise, "a outro" e não "ao mesmo".[69]

Ademais, esses suportes estão para o processo como o corpo de delito, documentos e objetos: conjunto de vestígios cuja preservação e exame são

66. LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *CONJUR*. 16 de janeiro de 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal?imprimir=1]. Acesso em: 14.03.2015.

67. LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *CONJUR*. 16 de janeiro de 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal?imprimir=1]. Acesso em: 14.03.2015.

68. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 76-79.

69. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 76-79.

indispensáveis para a constatação dos fatos juridicamente relevantes.[70] Assim como para esses, em relação à coleta de material genético, às interceptações telefônicas e outros meios de prova, a cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico.[71]

Verificada a quebra da cadeia de custódia das provas, todos os demais elementos colhidos a partir dessa estarão contaminados e, igualmente, não serão válidos. Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa acrescentam, ainda, a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de todas as provas dela derivadas, inclusive devido à necessidade de incorporar um *efeito dissuasório* que serve de desestímulo às agências repressivas quanto à tentação de recorrerem a práticas ilegais para obter a punição".[72]

No *Habeas Corpus* 160.662-RJ, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu, por unanimidade, a tese da cadeia de custódia de Geraldo Prado.[73] Tratou-se de caso em que houve quebra de sigilo telefônico e telemático autorizada judicialmente, bem como atendendo aos pressupostos do art. 5º, XII, da Constituição, bem como da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996,[74] mas em que não houve preservação da integralidade da prova produzida na interceptação,

70. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 76-79.

71. LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *CONJUR*. 16 de janeiro de 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal?imprimir=1]. Acesso em: 14.03.2015.

72. LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *CONJUR*. 16 de janeiro de 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal?imprimir=1]. Acesso em: 14.03.2015.

73. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 160.662 – RJ (2010/0015360-8). Relatora: Ministra Assussete Magalhães. Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento). Disponível em: [ww2.stj.jus.br/]. Acesso em: 01.06.2015.

74. Segundo o art. 2º da referida lei, será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis; o fato investigado constitua infração penal punida com pena de reclusão. O parágrafo único que, em qualquer hipótese, deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

o que foi considerado uma violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas.

No caso concreto, os pacientes foram alvo de Operação deflagrada pela Polícia Federal, denominada "Negócio da China", que resultou na denúncia pela prática, em tese, do delito de descaminho, lavagem de capitais, dentre outros apenados com reclusão. A decisão judicial que autorizou as interceptações reconheceu a imprescindibilidade dessas e as autorizou. Ocorre que, posteriormente, apesar de ter sido oportunizado à defesa o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.[75]

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. Assim constou na ementa do julgado:[76]

> (...) XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.
>
> XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.
>
> XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. (...)

75. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 160.662 – Relatório do julgamento, p. 1-3.

76. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 160.662 – Ementa, p. 3.

Assim, com base na quebra da cadeia de custódia, a ordem foi concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao juízo de 1º grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, procedendo-se ao seu desentranhamento dos autos da ação penal em referência.

5. Considerações finais

Levando-se em consideração as teorias de Saussure e de Lacan, o julgador constrói seu convencimento a partir de sua interpretação dos signos a que teve acesso, extraindo seus significados mediante processos que envolvem as suas estruturas inconscientes – que são estruturadas como linguagem e, portanto, com seus significantes comuns e significados pré-concebidos – e também conscientes.

Assim, existe uma relação semiótica entre os métodos de produção das provas e o *convencimento judicial*, que não deixa de ser o *convencimento psicológico do juiz,* que *elege* versões e até mesmo o *significado da norma,* segundo sua própria carga ideológica. Como não há como controlar os mecanismos de convencimento psicológico do juiz, o controle da decisão judicial em um Estado democrático de direito deve se dar através de *sistemas de controles epistêmicos*, mediante critérios objetivos, inclusive na fase da produção da prova, para garantir a *qualidade da decisão judicial.*

Nesse sentido, a luta pela qualidade da decisão judicial passa pela melhor prova possível, e os critérios objetivos, segundo Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa consistem na estrita observância do acusatório, com claro afastamento das funções de acusar e julgar, mas, principalmente, pela imposição de que a iniciativa probatória seja das partes e não do juiz (recusa ao ativismo judicial); bem como na maximização do contraditório. Outra premissa básica é a forma como garantia e limite de poder (importância da "tipicidade processual").[77]

Em relação à última garantia, emerge a formalidade dos meios de coleta de provas e, inclusive, a discussão acerca da cadeia de custódia, que adquire especial relevância nas provas que têm pretensão de "evidência", tais como as interceptações telefônicas e a coleta de DNA, verdadeiros atalhos para obtenção da

77. LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *CONJUR*. 16 de janeiro de 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal?imprimir=1]. Acesso em: 14.03.2015.

tão almejada (e ilusória) "verdade".[78] Nessas situações, por serem obtidas *fora do processo*, é essencial que se demonstre, de forma documentada, a cadeia de custódia e toda a trajetória feita, da coleta até a inserção no processo e valoração judicial, sob pena de nulidade e desentranhamento da prova.[79]

6. Referências bibliográficas

BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*: séculos XVII e XVIII. Trad. Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1980.

BOUISSAC, Paul. *Saussure*: um guia para os perplexos. Petrópolis: Vozes, 2012.

BULEA, Ecaterina. Nuevas lecturas de Saussure. *In*: RIESTRA, Dora (org.). *Saussure, Voloshinov y Baktin revisitados*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2010.

CARVALHO, Castelar de. *Para compreender Saussure*: fundamentos e visão crítica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: linguagem e método. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas à *verdade, dúvida e certeza,* de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 4, n. 14, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Mirada. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. Ano 1 – 2001 – n. 1. Porto Alegre: Nota Dez, 2001.

FREUD, Sigmund. *Conferências Introdutórias sobre Psicanálise* (1916-1917): sonhos. Rio de Janeiro: Imago, 1969.

FREUD, Sigmund. *Estudos sobre a histeria*. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

GAUER, Ruth M. C. *O Reino da Estupidez e o Reino da Razão*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

GAUER, Ruth. *A fundação da norma*: para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

IBÁÑEZ, T. O giro lingüístico. *In*: IÑIGUEZ, L. *Manual de Análise do Discurso em Ciências Sociais*. Petrópolis, Vozes, 2004.

KHALED JR, Salah. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*. São Paulo: Cosacnaif, 2014.

78. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16-17.

79. LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *CONJUR*. 16 de janeiro de 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal?imprimir=1]. Acesso em: 14.03.2015.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *CONJUR*. 16 de janeiro de 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal?imprimir=1]. Acesso em: 14.03.2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALHÃES, Guilherme. *Signo, significante e significado*. Disponível em: [http://meuamor-meuodio.blogspot.com.br/2009/11/signo-significado-e-significante.html]. Acesso em: 26.05.2015.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal*: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RIFFLET-LAMAIRE, Anika. *Lakan*: prólogo e textos de Jacques Lacan. Buenos Aires: Sudameris, 1970.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique generale*. Payot: Paris, 1965.

TABORDA, Jeferson. *Da filosofia da consciência ao giro linguístico*. Disponível em: [www.webartigos.com/artigos/da-filosofia-da-consciencia-ao-giro-linguistico/28353/]. Acesso em: 04.06.2015.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Madri: Trotta, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Acesso à justiça probatória: negativa de tutela jurisdicional como consequência de negativa de convicção judicial, de Sandoval Alves da Silva – *RePro* 232/37-65 (DTR\2014\2188);
- Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória, de Carlos Edinger – *RBCCrim* 120/237--257 (DTR\2016\20120);
- Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência, de Claudemir Rodrigues Dias Filho – *RT* 883/436 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/393-408 (DTR\2009\333);
- Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a lava jato?, de Leonardo Augusto Marinho Marques – *RBCCRim* 122/205-227 (DTR\2016\22990); e
- O problema da verdade na investigação criminal, de Eliomar da Silva Pereira – *RBCCrim* 91/91-135 (DTR\2011\2351).

Tempo, discronia e processo penal: uma revisão democrática

Time, discronia and criminal procedure: a democract review

Felipe Lazzari da Silveira

Doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Especializado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIRITTER – Centro Universitário Ritter dos Reis – Laureate International Universities. Graduado em Direito pela UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Atua como advogado no SAJU – Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da UFRGS –, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no Grupo G8-G (grupo especializado em Direitos da Mulher e de Gênero). Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Direito Processual Penal da UNIRITTER – Centro Universitário Ritter dos Reis – Laureate International Universities.Atua como advogado na área criminal em escritório próprio.
felipe_lsilveira@hotmail.com

David Leal da Silva

Professor e Integrante da Coordenadoria de Extensão e Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário Metodista – IPA. Doutorando e Mestre em Ciências Criminais (2015) pela PUC/RS. Especialista em Ciências Penais (2014) pela PUC/RS.
Bolsista Capes. Advogado.
davidlealadvogado@hotmail.com

Recebido em: 30.09.2016
Aprovado em: 24.11.2016
Última versão autores: 27.11.2016

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente artigo tem como objetivo repensar o Processo Penal na atualidade, especificamente diante da problemática que diz respeito à incidência da lógica de aceleração do tempo, procurando-se compreender o Processo Penal no seu papel de instrumento de concretização de direitos e garantias fundamentais. Realiza-se revisão bibliográfica dos principais autores do Processo Penal, bem com da filosofia contemporânea, promovendo-se, por uma metodologia

Abstract: The present article aims to rethink the criminal procedure in the present time, specifically regarding the incidence of the logic of acceleration of the time, trying to understand the criminal procedure in its role of instrument of realization of rights and fundamental guarantees. A bibliographical review of the main authors of the criminal procedure is carried out, as well as of the contemporary philosophy, promoting, through an interdisciplinary methodology, a

interdisciplinar, um diálogo entre os saberes. Conclui-se que o Processo Penal, como caminho legítimo para a pena, não pode sucumbir à dinâmica da aceleração enquanto sua função democrática se definir pela contenção dos avanços punitivos, normalmente mascarados pelo princípio da eficiência. Nesse preciso sentido é que o Processo Penal permanece na sua função de instrumento de consolidação de uma sociedade civilizada e democrática.

Palavras-chave: Processo Penal – Direitos e garantias fundamentais – Tempo e velocidade – Sociedade contemporânea – Democracia.

dialogue between the knowledges. It is concluded that the criminal procedure as a legitimate path to punishment can not succumb to the dynamics of acceleration while its democratic function is defined by the containment of punitive advances, usually disguised by the principle of efficiency. In this precise sense, the criminal procedure remains in its function as an instrument for the consolidation of a civilized and democratic society.

Keywords: Criminal procedure – Fundamental rights and guarantees – Time and speed – Contemporary society – Democracy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tempo, velocidade e urgência: a aceleração do processo penal e o risco de discronia. 3. O devido processo penal na sociedade veloz e democrática. 4. Discronia e supressão de garantias: breves considerações sobre o estado atual do processo penal brasileiro. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Uma[1] cena bastante corriqueira representa muito bem o nosso tempo: enquanto aguarda parado no semáforo, um motorista se comove com o cidadão miserável que sinaliza pedindo esmola. Em um lampejo de alteridade, o mesmo motorista passa a procurar apressadamente pelas moedas espalhadas no console, momento em que a luz verde do semáforo se acende. Coerentes com a lógica caótica que impera na urbe, os condutores dos veículos que estão atrás, mesmo sabendo o motivo do pequeno atraso de poucos segundos, passam a buzinar e gritar desesperadamente pedindo passagem, ignorando completamente os relevantes aspectos envolvidos no episódio que ocorre diante de seus olhos, afinal, o fluxo desenfreado foi interrompido.

Trouxemos o referido exemplo com o intuito de enriquecer a presente reflexão, já que, ao ilustrar com clareza o modo de vida contemporâneo regido pela velocidade e pela vontade de eficiência, escancara-se a tônica da dinâmica que permeia cada vez mais todas as esferas da vida social, incluindo o Processo Penal: ninguém mais pode ou quer perder tempo. Hoje, tudo é para ontem.

Diante da complexidade inerente à relação tempo e Processo Penal no contexto atual, primeiramente, algumas considerações sobre a dimensão do tempo

1. O presente artigo é fruto do diálogo entre as pesquisas dos autores no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS.

se fazem necessárias. De início, devemos nos afastar da concepção de que o tempo é linear e único, tendo em vista que se trata de um prisma reducionista que dá conta de apenas uma das diversas facetas do tempo. O tempo deve ser analisado sob múltiplos enfoques, pois é uma dimensão impossível de ser descrita em seu todo. Precisamos reconhecer que o próprio *lifestyle* que caracteriza nossa época seria inviável dentro de uma lógica de tempo linear e universal, na medida em que o funcionamento do mundo globalizado depende, fundamentalmente, da existência de relações que se estabeleçam em diversos tempos, velocidades e espaços. O problema é que, dentro dessa dinâmica, alguns âmbitos da vida social, tentando acompanhar a velocidade dos demais, aderem a uma aceleração que suas estruturas não comportam e, como efeito, são acometidos por uma espécie de discronia[2] que lhes retira ou modifica o sentido. É o que parece ocorrer com o direito, no ponto que interessa ao presente trabalho, com o processo penal, que ao tentar se adequar ao ritmo frenético da sociedade de consumo, foge do tempo do jurídico e se esvazia de sua essência constitucional.

2. Tempo, velocidade e urgência: a aceleração do processo penal e o risco de discronia

Conforme explicou Prigogine, todas as sociedades têm no tempo a dimensão fundamental de sua existência, tempo este que, além de nortear as situações mais corriqueiras da vida, sempre esteve no centro das descobertas e das evoluções das ciências, principalmente da Física. Sustentando que o tempo não deve ser compreendido como uma dimensão universal e que qualquer análise sobre o tema exige certo grau de abstração, o químico Prigogine traz em seu livro uma das mais famosas frases de Albert Einstein: "o tempo é ilusão". Prigogine frisou, ainda, que o modo como o tempo foi inicialmente incorporado pela Física newtoniana ignorava a complexidade do tema e não permitia qualquer distinção do tempo em passado e futuro, mas que, com a evolução da Física, os conceitos de tempo acabaram se tornando tão relativos que até mesmo algumas teorias

2. Segundo François Ost, o direito é afetado por quatro espécies de destemporalização: eternidade, entropia, determinismo e discronia. (Ver OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.) No ponto que interessa ao presente trabalho, por estarmos tratando do tema tempo e Processo Penal, sobretudo dos efeitos que atingem o procedimento por força da aceleração e da urgência que marcam o contexto contemporâneo, merece destaque a discronia que, sob o prisma sócio-jurídico, consiste no descompasso/tensão entre o tempo da sociedade e o tempo do direito.

clássicas (como a das flechas do tempo), outrora tão importantes para auxiliar na descrição fundamental da natureza, passaram a ser rechaçadas.[3]

Não podemos olvidar que o tempo físico é visto pelo senso comum dentro de um prisma simplificado e linear, como se pudesse ser resumido apenas no *tic-tac* do relógio. Nesse diapasão, Ost esclareceu que a visão reducionista do tempo é norteada e fortalecida por uma evidência irrecusável que pode ser constatada cotidianamente no movimento dos astros no céu e também nos ritmos biológicos dos corpos dos seres vivos. Esse modo simplificado de entender o tempo, segundo o autor, aponta para a existência de um vasto contentor formal onde a sociedade encontra-se inserida e que permite a organização da existência humana, uma estrutura estabelecida por meio de construções coletivas que pode ser denominada de tempo social histórico.[4] Sobre o tempo como construção social, Ost sustentou que,

> Com efeito, o que é um calendário senão um sistema social de medida do tempo articulado tanto na recorrência de certos fenômenos cósmicos atestados pela astronomia (assim, é significativo que os astrónomos do Alto Egipto e os da antiga civilização maia tenham desenvolvido separadamente um calendário com cerca de 365 dias), como no ter em conta um acontecimento fundador a partir do qual se considera que a história se pôs em marcha e ganhou sentido (o nascimento do Cristo na civilização cristã, o início da Hégira – ou a fuga de Maomé para Medina – na civilização muçulmana)?[5]

Hawking atribuiu a dificuldade de se modificar a concepção simplificada de tempo, historicamente arraigada no imaginário coletivo, ao fato de que as grandes descobertas da física não permeiam o senso comum. Segundo o físico, muitas pessoas sequer acreditam (ou desconhecem) nas descobertas mais básicas da Física moderna como, por exemplo, a de que o universo está em expansão, em estado inalterado e que foi criado num passado finito.[6] Para Hawking, a postura desinteressada das pessoas frente às descobertas é ensejada pela confortável tendência de se acreditar em verdades perpétuas, como a de que o universo é estático e imutável.[7] Na verdade, essas informações não absorvidas pelo

3. PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas:* tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2011. p. 9-10.
4. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999. p. 24-25.
5. *Ibidem*, p. 25.
6. HAWKING, Stephen. *Uma breve história sobre o tempo*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 20.
7. *Ibidem*, p. 17.

senso comum são de grande importância, eis que o tempo sequer teria significado antes do início do universo, há aproximadamente 13,9 bilhões de anos.[8] Aqui é importante retomar o trabalho de Prigogine, que alertou para o fato de que essa visão reducionista do tempo faz as pessoas não perceberem os avanços proporcionados pelas descobertas científicas e seguirem desconhecendo que o tempo é composto por diversos níveis e repleto de flutuações, bifurcações e instabilidades, bem como que qualquer um dos sistemas anteriormente considerados como estáveis, que transmitiam uma sensação de profunda certeza, não passam de idealizações.[9] Explicitadas algumas noções básicas sobre o tempo, sobretudo a de que não se trata de uma dimensão linear e universal, a tarefa de analisar a relação entre tempo e Processo Penal torna-se menos dificultosa. Conforme ensinou Ost, o tempo e o direito estão ligados por um poderoso elo, tendo em vista que a temporalização social do tempo e a instituição jurídica da sociedade estão diretamente vinculadas. É que o direito se temporaliza no mesmo momento em que o tempo se institui, sendo oportuno registrar que a dimensão tempo não é desvinculada do jurídico e tampouco exerce apenas a função de quadro cronológico regulador das ações do direito (prazos, prescrições etc.). Trazendo a teoria para o âmbito do processo, o autor elucidou que o tempo determinado pelas regras procedimentais, por exemplo, é completamente diferente do tempo da vida real.[10] Desse modo, afirmou que a instituição do tempo do direito é uma construção frágil, pois é constantemente ameaçada em todos os flancos pelo risco de destemporalização. É por isso que, conforme referimos antes, a compreensão da relação entre tempo e Processo Penal tem como pré-requisito a consciência de que o tempo social possui diversas velocidades, ou seja, de que é composto por ritmos específicos e durações particulares,[11] bem como de que são justamente essas diversas escalas temporais, nem sempre vinculadas pelos mesmos princípios de encadeamento, que viabilizam o avanço da sociedade em diferentes velocidades.[12]

Evidentemente, por estar inserido no centro do sistema punitivo, o Processo Penal é uma estrutura intrinsicamente ligada aos fenômenos políticos[13]

8. *Ibidem*, p. 19.
9. PRIGOGINE, Ilya, *op. cit.*, p. 59.
10. OST, François, *op. cit.*, p. 14-15.
11. *Ibidem*, p. 27.
12. *Ibidem*, p. 37-38.
13. Segundo Zaffaroni: "(...) Todo concepto jurídico-penal aspira a ser aplicado por uma rama del gobierno (la judicial); por tanto, tiene um sentido político (todo poder es político, participa del gobierno de la polis), pues inevitablemente todo concepto

e sociais. Logo, quando ocorrem modificações substanciais nessas esferas, o procedimento também é afetado. No que tange ao objeto do presente trabalho (tempo-processo), é imperioso dar-se conta de que quando a vida social passa a ter outra relação com o tempo, acelerando-se, o Processo Penal também busca se adequar à mesma velocidade. Aqui é importante lembrar que, no século XX, com o fim dos regimes totalitários e o advento das democracias, as sociedades se tornaram completamente abertas para a aceleração dos tempos e a assunção do modo de vida veloz. É que os regimes democráticos, estruturados no pluralismo de opiniões, comportamentos e, inclusive, na possibilidade de dissenso em relação ao bem comum, paralelamente ao desenvolvimento humano, viabilizaram o avanço da técnica, o surgimento de novos instrumentos e a consolidação do consumo em elevados níveis, fatores que foram decisivos para que a aceleração tomasse conta de todos os âmbitos e aspectos da vida social.[14]

Se por um lado esse novo cenário globalizado marcado pela velocidade facilitou a vida das pessoas, por outro, foi atingido por uma profunda crise, pois, com o passar do tempo, as democracias acabaram sucumbindo aos interesses do mercado em detrimento dos interesses essenciais das populações. Desse modo, no momento em que as proteções sociais praticamente desapareceram (aqui é preciso registrar que, no Brasil, essa proteção nunca existiu efetivamente), as sociedades velozes restaram cada vez mais expostas à força do mercado e aos seus efeitos negativos. Ost definiu tal situação como um retorno ao estado de natureza econômico, uma vez que os indivíduos foram novamente colocados em situação de fragilidade, restando atomizados diante dos riscos sociais do nosso tempo (desemprego, educação deficiente, falta de acesso ao sistema de saúde, desintegração das famílias, criminalidade etc.).[15] Nesse sentido, Giddens alertou para o fato de que o desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial gerou oportunidades bem maiores para que os indivíduos vivessem com mais segurança e satisfação, mas também gerou uma realidade assustadora, marcada pela miséria, exclusão social e pelo aumento (e agravamento) dos conflitos das mais diversas ordens.[16]

---

penal aspira uma función de poder en el plano de la realidade social" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura basica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 19).

14. OST, François, *op. cit.*, p. 333.
15. *Ibidem*, p. 340-341.
16. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 17, 19-20.

De fato, fingindo não ver os mortos e feridos, a vida não diminui sua velocidade. Assim, num panorama repleto de novas tecnologias que imprimem cada vez mais velocidade, o mercado segue impondo duras leis cujos efeitos são amenizados pelas sensações[17] proporcionadas pelo hiperconsumo,[18] estabelecendo uma realidade onde até mesmo os limites temporais que anteriormente delimitavam as ações humanas, como o passado, o presente e o futuro, restaram enfraquecidos. Nessa linha, Ost utilizou a expressão "um dia sem fim", que configura um eterno presente, para explicar as mudanças na relação das sociedades com o tempo. Esse autor destacou que, no mundo globalizado, os mercados financeiros e outras esferas da vida social acompanham a alta velocidade dos satélites, bem como a circulação de imagens e informações em alta velocidade proporcionada pelas novas tecnologias, que permitiram que a vida seja acompanhada em tempo real por todos e em qualquer lugar do mundo.[19] Sobre o contexto contemporâneo, marcado pela coexistência de diversos tempos e velocidades, Ost advertiu que:

> Identifica-se uma intertemporalidade aleatória, aberta às reconstruções ilimitadas do espectador. O sentido e o ritmo próprio de cada acontecimento são como que suspensos, virtualizados, redefinidos em função do contexto particular de cada uso em representação. O mundo, nestas condições, não tem sentido, e a história não tem direção, e é ao espectador que cabe recompô-los à sua vontade e a cada instante.[20]

Como mencionamos, não se pode olvidar que os avanços que marcaram a virada do século facilitaram sobremaneira a existência humana. Todavia, precisamos reconhecer que esse *lifestyle,* que proporciona inúmeros e constantes momentos de felicidade instantânea, que aliena os sentidos dos indivíduos, tornando-os dependentes de uma sensação de satisfação que não raras vezes se confunde com a sensação de onipotência (passamos nossos dias nos esquecendo da morte independente de sua certeza – agora, a internet nos coloca em qualquer lugar do planeta instantaneamente), para falarmos na linguagem do mercado, cobra um preço muito alto. É que, conforme denunciou Giddens,

17. Sobre a sociedade e as sensações proporcionadas pelo modo de vida no mundo contemporâneo, ver TÜRCKE, Christoph. *Sociedade excitada:* filosofia da sensação. Trad. Antônio A. S. Zuin *et al*. Campinas: Unicamp, 2010.
18. LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2007. p. 44.
19. OST, François, *op. cit.*, p. 348-349.
20. *Ibidem*, p. 349.

milhões de indivíduos ainda restam excluídos do jogo proporcionado pelo mercado ou nele estão incluídos de forma precária,[21] situação que, logicamente, culmina em graves problemas e conflitos sociais.

Dos inúmeros conflitos verificados no tecido social, em respeito ao tema proposto, merece espaço o problema da criminalidade. É possível notar que o fenômeno do crime exerce grande influência em nossa sociedade, já que, ao ser demasiadamente explorado pelos *mass media,* acaba gerando um ambiente de pânico que conduz a população a uma sensação generalizada de insegurança, o que, em um Estado estruturado em bases autoritárias, resulta numa resposta desordenada e ineficaz por parte das instituições. Na sociedade veloz, marcada pelo pensamento de que não podemos perder mais tempo, é a lógica da urgência que lastreia o trato da criminalidade. Sendo assim, no contexto atual, as políticas que visam à redução da criminalidade são cada vez mais voltadas ao recrudescimento[22] do controle e ao endurecimento do direito penal, já que impera a ideia eficientista de que a sociedade não pode mais perder tempo com utopias como a redução das injustiças sociais. Consequentemente, por estar inserido no sistema penal, o Processo Penal (na condição de único instrumento legítimo para o julgamento de um fato criminoso) é acelerado e acaba tendo suas regras e garantias relativizadas, perdendo completamente sua essência constitucional e tornando-se apenas mais um instrumento a serviço da segurança pública, o que ao nosso juízo configura uma cristalina discronia.

Quando diagnosticou que a velocidade é a alavanca do mundo moderno,[23] Virilio teceu considerações nesse sentido, alertando para o fato de que, apesar das facilidades que proporcionou, o modo de vida regido pela velocidade acarretou no surgimento de novos riscos[24] e, por isso, tornou-se constantemente lastreado pelo medo e pela insegurança. Consequentemente, na era da velocidade, a segurança se tornou um dos principais bens de consumo, ao lado de outros itens básicos, como a geladeira, o fogão, o liquidificador etc.

21. Sobre a exclusão social e a inclusão social precária, ver YOUNG, Jock. *A sociedade excludente:* exclusão social, criminologia e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
22. MORAIS DA ROSA, Alexandre; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da punição:* a ostentação do horror. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 156-163.
23. VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Trad. Ana Luísa Faria. Lisboa: Dom Quixote, 1993. p. 128.
24. Sobre os novos riscos ensejados pela ruptura provocada pelo advento da modernidade, ver BECK, Ulrich. *A sociedade do risco:* rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

Nas palavras de Virilio: "a sociedade capitalista, desde a origem, associou estreitamente a política à liberação do medo, a segurança social ao consumo e ao conforto"[25]. Na mesma esteira, Hassemer esclareceu que o combate à criminalidade se tornou uma espécie de mecanismo destinado a regular o sentimento de insegurança da população e que esse novo paradigma proporcionou o surgimento de estratégias populistas de combate ao crime. Segundo o jurista, essas medidas retratam claramente a incapacidade do Estado de solucionar o problema da criminalidade, eis que são ineficazes e ainda resultam na relativização dos direitos fundamentais,[26] constatação que cabe perfeitamente à realidade atual do Processo Penal no Brasil.

Na sociedade da velocidade e da urgência, como bem frisou Ost, o direito penal acaba se tornando o guardião de todos os outros direitos, recrudescendo-se e abandonando as teses de tratamento e reabilitação do delinquente para se tornar um mecanismo da política de gestão do risco criminal com base na segurança,[27] isso quando não adere claramente ao direito penal do inimigo. Em uma sociedade que já está submetida a um controle intenso,[28] o direito penal surge, então, como uma derradeira expressão da moral comum, uma vez que: "aos olhos de indivíduos que se tornam medrosos, o interdito reafirmado e sancionado parece poder estreitar os elos sociais e garantir um pouco da segurança perdida",[29] fazendo a questão penal gravitar exclusivamente em torno do reconhecimento das vítimas, do aumento de incriminações e do aumento das penas, recrudescimento esse que atinge diretamente o Processo Penal. É que, diante do estado de urgência, muitos magistrados optam por abandonar suas reais atribuições, ou seja, de exercer a jurisdição por meio de uma postura constitucional e convencional, para responder aos anseios da população por mais punição e se engajar na causa da segurança pública.

Em suma, a urgência proporcionada pela velocidade está em toda parte, mas, na esfera criminal, é implacável na afetação da essência democrática. Se antes as exceções no direito eram admitidas em raras situações, no contexto atual, repleto de conflitos e marcado por elevados índices de criminalidade, a urgência promoveu a inversão de princípios e transformou as exceções em

25. VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. São Paulo: Estação Liberdade, 1997. p. 115-116.

26. HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. p. 153-163. 1994.

27. OST, François, *op. cit.*, p. 377.

28. Sobre o modo como o controle é exercido na sociedade contemporânea, ver DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 3. ed. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2013.

29. OST, François, *op. cit.*, p. 379.

regras[30], por meio de uma dinâmica constantemente legitimada por argumentos apoiados na razão do Estado, conforme podemos verificar nos jargões frequentemente utilizados em julgados e também na doutrina processual, como, por exemplo, a proteção da ordem pública, a continuidade dos serviços públicos, a legítima defesa do Estado, entre outros[31].

Naturalmente, quando a velocidade da informação dita o passo e o compasso em uma sociedade sedenta por mais punição, os legisladores são pressionados para criarem leis mais duras e procedimentos mais acelerados, a polícia, para efetuar mais prisões e os juízes, para decidirem mais rápido. Ocorre que, conforme mencionamos antes, o tempo do direito é bem diferente do tempo que guia a vida social, e sendo assim, quando a atividade de julgar se submete a um movimento de aceleração, ela se torna prejudicada e, por consequência, suprime garantias.[32] Concluímos, então, no sentido de que o momento atual, caracterizado pela aceleração e pelo surgimento dos riscos, impõe a urgência no Processo Penal, tendo como principais reflexos a banalização da excepcionalidade[33] e a restrição de garantias. Diante disso, o processo acaba se transformando em uma espécie de instrumento de complementação da segurança pública, o que configura uma lógica equivocada, já que desinveste o processo de sua função constitucional de proteção dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal.

3. O devido processo penal na sociedade veloz e democrática

Analisando a relação entre o tempo e o processo penal, além de destacar a essencialidade do procedimento para a atuação legítima do sistema punitivo, Carnelutti referiu que:

> (...) o delito está no passado; a pena no futuro. O juiz declara: "Preciso saber o que você tem sido, para decidir o que você será. Tens sido um delinquente; certamente será um preso. Vens fazendo sofrer; sofrerás. Não tem sabido usar tua liberdade; serás detido. Tenho nas mãos a balança da justiça, ela exige que o peso do teu delito seja também o da tua pena."[34]

30. OST, François, *op. cit.*, p. 360.
31. *Ibidem*, p. 361.
32. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal. Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 52.
33. *Ibidem*, p. 57.
34. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 85.

Da lição do mestre italiano, podemos extrair duas constatações que têm grande relevância para o presente trabalho. A primeira, que certamente é basilar, diz respeito à necessidade do processo para a aplicação da pena. E nesse diapasão, conforme sustentou Lopes Jr., "não basta qualquer processo, ou mera legalidade, senão que somente um Processo Penal que esteja conforme as regras constitucionais do jogo (devido processo)".[35] Trata-se de uma leitura constitucional do processo que se posiciona frontalmente ao atropelamento das garantias para punir ou justificar a punição,[36] tendo em vista que essas garantias são elementos substanciais da democracia[37] e que, quando desrespeitadas, esvaziam o processo penal de seu sentido democrático. A segunda é a de que o processo está sempre situado no presente, entre o delito e a conclusão do processo (condenação ou absolvição), sendo constantemente afetado, tanto internamente, por meio dos influxos que emanam das atividades das partes, como externamente, pelo modo de funcionamento do aparato judicial e pelos eventos que ocorrem no seio social.

No momento em que a vida social adquire grande complexidade, sobretudo diante da alta velocidade que rege as relações nas sociedades globalizadas, o Processo Penal é submetido a um ambiente bastante perigoso, propício para os abusos por parte do poder punitivo. Além de terem pressa, os indivíduos, atualmente, vivem amedrontados e inseguros diante do cenário caótico vendido pelos *mass media*. Desse modo, a obsessão por segurança, que segundo o imaginário comum só pode ser atingida lançando mão de medidas policialescas, ganha cada vez mais espaço, sobretudo porque depende de uma racionalidade apoiada tão somente nas imagens impactantes produzidas pela criminalidade e exploradas de modo sensacionalista pelos veículos de comunicação. Nesse panorama repleto de desconfiança e estranhamento,[38] é possível observar que os indivíduos absorvidos pelas malhas do sistema penal são facilmente estereotipados como inimigos e, por isso, acabam tendo seus direitos e garantias

35. LOPES JR., Aury, *op. cit.*, 2015, p. 32.

36. Ver MORAIS DA ROSA, Alexandre. *A teoria dos jogos aplicada ao processo penal*. Lisboa: Rei dos Livros, 2015.

37. Sobre os direitos e garantias na condição de elementos substanciais da democracia, ver FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias:* la ley del más débil. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010; e FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo:* una discusión sobre derecho y democracia. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

38. BAUMAN, Zygmunt; DONKIS, Leonidas. *Cegueira moral:* a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 126.

fundamentais relativizados, dinâmica que, segundo a criminologia crítica, fomenta sobremaneira o punitivismo exacerbado e inviabiliza que a *questão criminal* seja tratada de modo mais adequado.[39]

Se no Estado de Direito o Processo Penal é o mecanismo legítimo e indispensável para a apuração do delito e aplicação da pena, cumpre-nos tecer algumas considerações sobre sua instrumentalidade. De início, é preciso destacar que o *ius puniendi* (poder-dever de punir do Estado) não prescinde apenas da ocorrência de um crime (fato típico, jurídico e culpável), eis que pode ser exercido somente após a submissão do acusado ao Processo Penal que, conforme sustentou Tucci, é o instrumento técnico, ético, público e político, cujo objetivo é o julgamento da causa levada à apreciação da jurisdição.[40] Evidentemente, diante do monopólio exercido pela justiça estatal, considerando que o direito penal é despido de coerção direta, após ser provocada, a jurisdição necessita de uma estrutura pré-estabelecida para decidir sobre o caso em questão, o que indica que o Processo Penal é a única estrutura legítima para a imposição da pena. Nas palavras de Lopes Jr.:

> Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto culpável, mas também que exista previamente o devido processo legal. A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.[41]

Entretanto, conforme mencionamos, não basta apenas o processo, na medida em que o procedimento em si, dentro de um prisma simplificado, pode servir como uma frágil moldura que poderá ser preenchida com os mais diversos tipos de entulhos autoritários, esvaziando-se de sua verdadeira função segundo os princípios do Estado Democrático de Direito. Destarte, sob uma perspectiva constitucional e democrática, o processo e a pena restam legitimados somente quando as regras do devido processo legal são respeitadas. Tucci explicou que o devido Processo Penal consiste em um conjunto de elementos que deverão ser, indispensavelmente, respeitados para que o procedimento cumpra devida-

39. Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura basica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro:* teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

40. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 25-31.

41. LOPES JR., Aury, *op. cit.*, 2015, p. 60-61.

mente sua dupla finalidade, a saber: a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade, e a garantia da sociedade contra atos penalmente relevantes. O devido processo consubstancia-se como uma garantia constitucional, objetivando a consecução dos direitos fundamentais mediante a efetivação do direito ao processo, "materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus componentes e corolários, e num prazo razoável".[42]

Antes de aprofundar a reflexão sobre o devido processo legal, é preciso considerar que, nos sistemas processuais democráticos, as teorias clássicas do Processo Penal devem ser vistas com certa parcimônia (ou até desconfiança). É que, após a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, consolidou-se um imenso aparato de proteção dos direitos humanos, que incluiu tratados, convenções e recomendações que, em nível internacional, passaram a orientar o funcionamento dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados. Com o advento desse novo panorama, qualquer concepção no sentido de que o processo é um instrumento destinado exclusivamente ao exercício do *ius puniendi* se tornou inviável, já que o processo se transformou em uma estrutura destinada à proteção dos direitos fundamentais.[43] Nesse diapasão, Sendra sustentou que:

> (...) en um Estado de Derecho, la función del processo penal no puede identificar-se exclusivamente con la aplicación del 'ius puniendi', y ello, por la sencilla razón de que también está destinado a declarar el derecho a la libertad del ciudadano inocente.[44]

Em um raciocínio semelhante, Binder alertou para o fato de serem comuns os posicionamentos doutrinários reducionistas que dão conta de que o Processo Penal apenas "sierve a la realización de la ley penal",[45] e advertiu que, dentro de uma perspectiva funcional, o Processo Penal é influenciado pelas políticas criminais vigentes que determinam as regras, estratégias e objetivos que regulam a coerção penal.[46] Para Binder, seria demasiado simples conceituar o

42. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal:* jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 171-205.
43. SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010. p. 37-38.
44. *Ibidem*, p. 38.
45. BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 41.
46. *Ibidem*, p. 44-45.

processo como um mero conjunto de atos praticados por diversos sujeitos visando à imposição de uma pena,[47] sendo indispensável também o cuidado em relação ao eficientismo,[48] tendo em vista que o processo é um instrumento limitador de poder, o que indica que a eficiência do procedimento não deve ser restrita à proteção da sociedade, mas, principalmente, direcionada à proteção da dignidade humana.[49]

Ampliando o enfoque sobre o devido Processo Penal, Giacomolli sustentou que, diante da consolidação do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, o *modo-de-ser* do Processo Penal, bem como o *modo-de-atuar* dos agentes processuais, devem ser norteados pelos princípios democráticos e humanitários.[50] No caso do Brasil, Giacomolli sustentou que devemos pensar o devido Processo Penal sob um prisma constitucional e convencional, tendo em vista que o país é signatário de inúmeras convenções internacionais que dispõem sobre o tema, o que faz com que o justo processo signifique muito mais do que apenas o respeito às leis ordinárias. Podemos, então, definir o devido Processo Penal constitucional e convencional como um instrumento capaz de assegurar a proteção dos direitos humanos no plano concreto através de uma série de garantias, sempre impondo limites à intervenção estatal e protegendo os direitos fundamentais dos acusados.[51] Nesse ponto, é preciso lembrar que os direitos humanos não são uma ficção ou simples exortações programáticas de retórica jurídica, mas a própria essência do Processo Penal num regime democrático inserido no mundo globalizado, o que impõe sua aplicação imediata, independente da densificação legal ordinária que necessitem.[52]

No Estado de Direito, o julgamento de uma pessoa que, por efeito, pode ter sua liberdade cerceada, é legítimo somente quando a jurisdição é exercida em compasso com os princípios construídos ao longo da história, princípios esses que configuram o devido processo legal porque visam à proteção do cidadão contra qualquer tipo de abuso estatal. Sob um prisma filosófico, não podemos olvidar que o devido processo legal é um poderoso obstáculo contra o retorno das arbitrariedades do passado que ainda continuam vivas em nossa memória.

47. *Ibidem*, p. 53.
48. *Idem*.
49. *Ibidem*, p. 59.
50. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. *Cases* da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 78.
51. *Ibidem*, p. 78-79.
52. *Ibidem*, p. 33-34.

Nesse ponto, é importante retomar o trabalho de Binder para frisar que, ao serem constitucionalizados, os princípios voltados à proteção dos direitos humanos passam a compor o núcleo do Estado de Direito e, por isso, devem ser garantidos através das formas previstas que regem os procedimentos (é imperioso registrar que as regras previstas nas leis processuais também devem ser adequadas aos princípios protetivos). Desse modo, quando os princípios garantidores forem afrontados mediante o desrespeito das formas previstas, a atividade processual será sempre defeituosa e passível de invalidação.[53]

Nessa esteira, Lopes Jr. defende que a instrumentalidade constitucional funda a existência do processo na condição de instrumento de proteção eficaz das garantias constitucionais, indicando que o Processo Penal é um dos pilares do próprio projeto constitucional. Assim, se o Processo Penal é o caminho legítimo para a aplicação da pena, essa legitimidade só restará assegurada quando, além da ocorrência de um delito, todas as regras basilares do procedimento, fundadas no Estado Democrático de Direito, forem devidamente seguidas, pois, do contrário, havendo desrespeito às formas, ocorrerão nulidades.[54] Lopes Jr. asseverou que o respeito à forma processual não é um "capricho" ou um fator gerador de impunidade, mas uma garantia do cidadão e condição legitimante do poder punitivo que, sem limites pré-estabelecidos, tende ao abuso e pode representar uma ameaça à liberdade individual.[55]

Por estarmos tratando do tema tempo e Processo Penal, é de suma importância considerar que, por estar inserido em uma sociedade que se movimenta em alta velocidade, num contexto de profunda insegurança frente aos riscos que proliferam cada vez mais desde a última metade do século XX,[56] o direito logicamente tenta se adequar à velocidade das relações sociais. Não podemos olvidar que, na sociedade da velocidade, o tempo se constitui em patrimônio ou bem jurídico, e, por isso, o processo é contaminado pelo discurso de velocidade e eficiência.[57] O grande problema é que essa tentativa de adequação

53. BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales:* elementos para uma crítica a la teoria unitaria de las nulidades en el processo penal. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 56.

54. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 24-29.

55. LOPES JR., Aury, *op. cit.*, 2015, p. 92-93.

56. Ver BECK, Ulrich. *A sociedade do risco:* rumo a uma outra modernidade. Trad. de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

57. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco, dromologia e processo penal:* uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Dissertação de Mestrado. PUC/RS, 2005. p. 76-77.

ao tempo social resulta em uma intensa aceleração procedimental,[58] o que no caso do Processo Penal, provoca um profundo descompasso em relação aos propósitos do procedimento, ou melhor, à sua própria essência democrática, tendo em vista que o direito e a vida social respondem a tempos diferentes.[59] Lopes Jr. identificou muito bem os aspectos que cercam o problema da relação de aceleração do Processo Penal, quando explicou que: "O conflito entre a dinâmica social e jurídica é inevitável, evidenciando uma vez mais a falência do monólogo científico diante da complexidade imposta pela sociedade contemporânea."[60]

Resta claro que não vivemos mais em uma sociedade puramente disciplinar, naqueles moldes verificados no passado, conforme esmiuçou Foucault,[61] mas em uma sociedade de controle (que não excluiu a disciplina)[62], onde somos controlados continuamente através de dispositivos que atuam em altíssima velocidade,[63] ou seja, por dispositivos extremamente adequados ao contexto atual, já que a sociedade precisa ser monitorada e normalizada sem que seus movimentos restem comprometidos.

O Processo Penal não é imune às mudanças que ocorrem no tecido social, assim, é afetado não apenas pela aceleração procedimental determinada no âmbito legislativo, mas também pela celeridade imposta pelo próprio sistema de justiça que, no período contemporâneo, busca a eficiência acima de tudo (vale lembrar que, atualmente, os juízes precisam cumprir metas e que a eficiência é requisito para a promoção dentro da carreira da magistratura). A informatização dos procedimentos aponta justamente no sentido da busca por eficiência, uma vez que possibilita um melhor desempenho do sistema de justiça. Contudo, em uma realidade onde as varas criminais encontram-se abarrotadas de processos, a lógica eficientista apoiada em dispositivos de alta tecnologia faz com que, muitas vezes, os atos processuais sejam realizados apressadamente, o que também compromete a idoneidade dos procedimentos. Na vida forense, sobretudo nos juízos que têm uma extensa pauta diária para cumprir, não raras

58. LOPES JR., Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. *In*: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo:* para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 139.

59. Ver OST, François, *op. cit.*,

60. LOPES JR., Aury, *op. cit.*, 2004, p. 140.

61. Ver FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva.* São Paulo: Martins Fontes, 2015.

62. DELEUZE, Gilles, *op. cit.*, p. 219.

63. *Ibidem*, p. 224.

vezes nos deparamos com atos processuais como reconhecimentos, oitiva de testemunha e interrogatórios sendo realizados de modo relâmpago, onde as partes não conseguem exercer efetivamente seus direitos.

Ocorre que o Processo Penal deve tramitar em um tempo compatível com o tempo do direito, ou seja, dentro de um prazo razoável, de um tempo não tão exíguo, mas também não tão longo. É que o processo jamais conseguirá cumprir as funções que lhe dão sentido aderindo à mesma velocidade em que a sociedade se movimenta. Sendo assim, a implementação de sistemas informatizados nos tribunais certamente deve ser aplaudida, considerando que a estrutura verificada há menos de duas décadas inviabilizaria completamente o funcionamento da justiça no contexto atual. Todavia, é preciso ter cuidado não apenas com a lógica eficientista e utilitarista que, de fora, através de remendos legislativos e regimentais, acelera os procedimentos (manifestações dos espaços de consenso – justiça criminal negocial, procedimentos sumaríssimos etc.), mas também com a velocidade imposta pelo próprio sistema de justiça informatizado e assoberbado de trabalho, eis que ambos influxos de aceleração podem ensejar graves violações aos pressupostos essenciais da jurisdição, fazendo com que o Processo Penal se distancie de sua função constitucional de proteger os indivíduos do arbítrio estatal. Por fim, é preciso dizer que nem mesmo o desespero estatal ou da própria sociedade para solucionar o problema da criminalidade deve permitir a aceleração do Processo Penal, na medida em que em hipótese alguma o procedimento deve se tornar um braço complementar da segurança pública, já que isso transformaria a jurisdição em uma extensão do poder policial, o que seria inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

4. Discronia e supressão de garantias: breves considerações sobre o estado atual do processo penal brasileiro

Resta evidente que num mundo acelerado, em que a cultura da impaciência torna qualquer tipo de atraso insuportável[64], o Processo Penal também é radicalmente afetado. É que mesmo sendo um instrumento regido por regras e princípios que não aderem à mesma velocidade da sociedade, o Processo Penal, conduzido pela ação humana, acaba sucumbindo às pressões que emanam das mais variadas esferas sociais e tendo de se adequar ao ritmo de uma vida social em que tudo é "para ontem". O grande problema é que, inserido nessa

64. OST, François, *op. cit.*, p. 353-355.

dinâmica, o processo tem sua essência constitucional-humanitária enfraquecida e não cumpre sua missão democrática, já que sua aceleração inviabiliza completamente a eficaz proteção dos acusados frente aos abusos estatais. Naturalmente, em um contexto de grande aceleração, marcado pela urgência, o campo processual torna-se propício para que as exceções se tornem cada vez mais as regras, o que enseja um constante e intenso solapamento dos direitos e garantias fundamentais. Sobre a urgência, que se relaciona intimamente com a aceleração, Ost sustentou que: "fazendo o curto-circuito das formas, dos prazos e dos processos, a urgência, apoiando-se no estado de necessidade (necessidade que faz lei), transforma-se assim em 'exceção' generalizada".[65]

Vivemos em uma sociedade caracteristicamente volátil, inconstante e apaixonada pelo novo, colocando-nos em um estado de urgência permanente, conforme o que Lipovetsky definiu como o império do efêmero.[66] Contudo, não podemos admitir que a velocidade proporcionada pela tecnologia, que vem facilitando sobremaneira a nossa vida, destrua os pilares da democracia. No ponto que interessa ao presente trabalho, devemos considerar o devido Processo Penal como um desses pilares, eis que é um dos principais instrumentos protetivos de uma sociedade frente ao autoritarismo estatal. É por isso que os direitos e garantias, por serem fundamentais para que o Processo Penal assuma a condição de instrumento protetivo, não devem ser suprimidos. Assim, mesmo que o Processo Penal tramite em uma base digital, que os julgamentos sejam transmitidos ao vivo pela TV, que os operadores do direito sigam inundando a internet com imagens de documentos (decisões, petições, laudos etc.) e até mesmo com *selfies* e vídeos de suas atuações, o tempo do processo deve ser respeitado para que as garantias se efetivem. Não podemos olvidar que somente o respeito às garantias, por meio do pleno cumprimento das formas previstas nas regras processuais, permite que o Processo Penal se concretize de maneira legítima.

Foi considerando as peculiaridades da nossa época, sobretudo a globalização e a consolidação de um aparato de proteção aos direitos humanos em nível internacional, que Giacomolli defendeu que o devido Processo Penal deve ser visto sob um prisma mais amplo. Para ele, a complexidade do contexto atual exige a provocação de reflexões mais profundas e também o abandono de verdades ou certezas absolutas. Desse modo, para ser legítimo, é imprescindível também que o Processo Penal possa se adequar ao sistema internacional

65. *Ibidem*, p. 359-360.

66. Ver LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero:* a moda e seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

de proteção dos direitos humanos. Esse paradigma internacional não permite, por exemplo, uma atuação jurisdicional meramente registral, decisionista ou que ultrapasse os limites do devido processo para suprir supostas falhas do Estado-acusação (seja decretando prisões de ofício, buscando prova para condenar por fato mais grave do que na acusação etc.). Nesse sentido, Giacomolli ponderou que a insatisfação da população em relação à negligência estatal no campo da segurança pública em hipótese alguma deve permear o exercício da jurisdição, para justificar posturas autoritárias ou a relativização dos direitos e garantias constitucionais humanitários[67], pois, no contexto atual, o processo deve existir orientado por um "bloco de constitucionalidade" (leis internas, investigação, acusação, postura do juiz) que promova a harmonia do Processo Penal com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.[68]

Paralelamente às questões referentes à aceleração, devemos reconhecer os problemas de cunho cultural enfrentados pelo Processo Penal brasileiro. Em apertada síntese, podemos afirmar que o Processo Penal brasileiro encontra dificuldades para aderir plenamente ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, pelo fato de que a própria estrutura ordinária do Processo Penal (CPP) é juridicamente ultrapassada, na medida em que foi forjada no longínquo ano de 1941, inspirada no Código de Processo Penal Italiano de 1930, elaborado em plena vigência do regime fascista. Desse modo, por ter sido assentada em bases essencialmente autoritárias, inquisitoriais, essa estrutura não raras vezes inviabiliza a dialética exigida pelo devido Processo Penal constitucional e convencional.[69] Não podemos esquecer também que a sociedade brasileira é tradicionalmente autoritária, sobretudo no que tange às instituições de Segurança Pública e do Poder Judiciário, na medida em que foram utilizadas como sustentáculo para o poder constituído em diversos períodos históricos autoritários (não podemos olvidar da Era Vargas e da Ditadura Militar). Logicamente, diante de um processo de transição democrática inacabado,[70] o legado dos regimes autoritários seguiu arraigado nessas insti-

67. GIACOMOLLI, Nereu José, *op. cit.*, p. 14.

68. *Ibidem*, p. 16.

69. GIACOMOLLI, Nereu José, *op. cit.*, p. 82.

70. Sobre o processo transicional inacabado e a ausência de reforma efetiva nas instituições após o fim do período autoritário, ver SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Dever de memória e a construção da história viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do direito à memória e à verdade. *In*: PADRÓS, Enrique Serra (org.). *A Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985):* história e memória. Porto Alegre: Corag, 2009. v. 4.

tuições, orientando suas práticas mesmo após o advento da democracia, o que no âmbito judiciário podemos observar nos inúmeros episódios de ativismo judicial com o intuito de buscar provas suficientes para a condenação ou no nefasto fenômeno da banalização da prisão preventiva.

Diante das peculiaridades da sociedade brasileira, quando inserido na epistemologia da incerteza,[71] parece-nos que o Processo Penal é duplamente atingido em sua essência. Se em uma sociedade veloz, marcada pela urgência, o processo é atingido por todos os lados pelos efeitos da aceleração e da indeterminação democrática, geradas pelo declínio do Estado Social,[72] logicamente, quando essa sociedade possui características autoritárias, o problema da relativização das garantias se agrava sobremaneira. Aqui, não podemos deixar de mencionar o pior cenário, ou seja, quando uma sociedade apressada e autoritária passa a ver o Processo Penal como óbice ou como estorno, como se fosse algo desnecessário para a imposição de penas, tornando-se uma estrutura contaminada pelas evidências e por ideais como eficiência, economia processual e celeridade.[73]

No que tange à aceleração procedimental, devemos levar em conta que o quadro de urgência é acompanhado por um intenso movimento legislativo voltado à criação de novos tipos penais e à abreviação dos procedimentos (fenômeno da inflação legal).[74] Como efeito, temos uma completa destruição das garantias, na medida em que a aceleração procedimental tem como objetivo promover uma eficiência (no caso do Processo Penal, uma eficiência voltada à punição), baseada exclusivamente na simplificação de procedimentos, na diminuição dos prazos e na relativização das formas (ex: Lei 9.099/95 – JECrim). Em apertada síntese, podemos constatar que, diante da simplificação dos procedimentos em nome de uma Justiça mais rápida, que enseja a fragilização das garantias asseguradas pelas formas, o Processo Penal torna-se incapaz de limitar o poder punitivo. Nesse sentido, Lopes Jr. alertou que a tirania da urgência acarreta graves riscos à liberdade individual e enfraquece sobremaneira a ordem constitucional, uma vez que o Processo Penal só exerce sua função

71. Utilizando como marco teórico o trabalho de autores como James Goldschmidt, Ulrich Beck, Paul Virilio e outros, Lopes Jr. sustentou que, na sociedade complexa, o Processo Penal está sempre inserido em um panorama de incertezas, cercado por riscos endógenos e exógenos que podem afastá-lo de suas funções constitucionais e democráticas. (Sobre o tema ver LOPES JR., Aury, *op. cit.*, 2015, p. 78-91).

72. LOPES JR., Aury, *op. cit.*, 2004, p. 162-163, 167.

73. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, *op. cit.*, p. 180.

74. MORAIS DA ROSA, Alexandre; AMARAL, Augusto Jobim do, *op. cit.*, p. 33.

de proteção (e assim tem legitimidade) quando as garantias são respeitadas, o que só é possível quando o processo tramita em tempo razoável, no tempo do direito.[75]

Na mesma esteira, analisando o caso brasileiro, sobretudo as introduções promovidas pela Lei 9.099/95 (JECrim), Vasconcellos destacou que a tendência de ampliação dos espaços de consenso é problemática, na medida em que tais modelos acarretam graves violações aos direitos fundamentais quando subtraem o direito do cidadão de ser julgado em um processo com todas as garantias. Segundo ele, os modelos de justiça negocial configuram, na verdade, uma expansão do poder punitivo, tendo em vista que maximizam sua incidência, gerando um panorama que, no caso do sistema de justiça criminal pátrio, marcado pela seletividade e pela desigualdade, inviabiliza completamente as premissas do Processo Penal democrático[76].

Outro fenômeno que merece ser mencionado nessa mesma linha, tendo em vista que também pode ser considerado fruto do autoritarismo maximizado pela aceleração no campo do processo, diz respeito à banalização da prisão preventiva. A utilização de uma medida excepcional, colocada na condição de regra, corresponde à intenção de muitos magistrados em utilizar o processo como instrumento complementar da segurança pública, bem como de saciar instantaneamente a sede de justiça da população, ou seja, para fins estranhos às medidas cautelares. Logicamente, o uso indiscriminado da prisão preventiva macula a própria essência do Processo Penal, na medida em que afasta o procedimento de suas funções constitucionais e humanitárias. Diante das limitações de espaço impostas pelo formato do presente trabalho, não aprofundaremos nossa reflexão em relação à prisão preventiva, todavia, é preciso pontuar que a decretação dessa medida cautelar deve respeitar inúmeras condições e requisitos, pressupostos que muitas vezes são relativizados com o objetivo de conferir eficácia ao procedimento. É por isso que o fundamento da garantia da ordem pública é o mais utilizado para justificar a decretação da prisão preventiva[77], eis que, diante de sua vagueza semântica, permite a infiltração de discursos autoritários (periculosidade, gravidade do crime, "credibilidade das instituições" etc.) voltados à ideologia da defesa social, possibilitando decisões que revelam

75. LOPES JR., Aury, *op. cit.*, 2004, p. 170.

76. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 208-209.

77. Artigo 312 do Código de Processo Penal: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (...)".

cunho meramente administrativo,[78] o que afronta gravemente a concepção de jurisdição em um Estado Democrático de Direito.

Dentre os fatores inerentes ao nosso tempo que produzem efeitos no Processo Penal, merece destaque também o já comentado problema da insegurança generalizada frente aos novos riscos, sobretudo considerando-se o problema da criminalidade. É certo que a sensação de insegurança que paira no seio social alimenta a urgência imposta pelo modo de vida acelerado. Assim, além da aceleração procedimental introduzida pela legislação, surge também o problema da condução do processo "a toque de caixa" (atos processuais realizados às pressas, defesa técnica e acusação deficientes, juiz abandonando a postura imparcial na busca de provas, relativização de formas e nulidades), sem o devido respeito às garantias fundamentais, conforme podemos observar na vida forense em que muitas vezes nos deparamos com juízes mais preocupados em oferecer respostas rápidas à sociedade amedrontada do que em exercer suas atribuições de acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito. Em um mundo multimídia, em que o poder dos *mass media*[79] restou ampliado pela evolução da internet e pela popularização das tecnologias digitais, considerando também que a questão criminal, principalmente sob uma abordagem sensacionalista, sempre interessou à coletividade, logicamente, a jurisdição não permaneceria imune às demandas punitivas normalmente canalizadas pelos veículos de comunicação[80].

Se em 1957, em uma sociedade bem menos veloz do que a de hoje, Carnelutti já alertava para alguns riscos que ameaçavam o devido processo, destacando, sobretudo, o papel da imprensa, não podemos olvidar que hoje o Processo Penal é muito mais afetado. O mestre italiano asseverou que os jornais ofereciam extrema publicidade às notícias de crimes e aos processos criminais, quase sempre sob um enfoque sensacionalista, tudo para corresponder ao grande interesse das pessoas sobre o tema – comportamento esse que ele definiu como um modo pelo qual "tentam fugir do marasmo da própria vida, ocupando-se com a vida dos outros transformada em drama"[81]. Na concepção de Carnelutti,

78. SULOCKI, Victoria-Amália de. Autoritarismos presentes: biopolítica, estado de exceção e poder soberano. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Autoritarismo e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 109-111.

79. KERCHKHOVE, Derrick. *A pele da cultura:* uma investigação sobre a nova realidade eletrónica. Trad. Luís Soares; Catarina Carvalho. Lisboa: Relogia D'Água, 1997.

80. Sobre o papel da mídia no processo de recrudescimento do sistema penal, ver BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e controle social:* da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

81. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 11.

as pessoas assistem ao desenrolar de um processo como se assistissem a um filme, como se não se tratasse de casos reais, o que talvez explique o comportamento do público que, diante dos casos criminais e seus protagonistas, porta-se como a multidão ensandecida nas arenas de gladiadores. Por tudo isso, em uma manifestação impregnada de descrença, Carnelutti defendeu que: "(...) o processo penal não passa de uma escola de incivilidade para todos." [82]

Em uma crítica mais adequada ao contexto atual e que utilizou como base a Sociedade do Espetáculo, de Guy Deboard, Casara asseverou que no formato de espetáculo, na condição de produto midiático, o Processo Penal inviabiliza qualquer possibilidade de diálogo, uma vez que a dialética construída a partir da atividade das partes, necessária para a solução do caso penal, é completamente prejudicada. Além de frisar os problemas referentes à imparcialidade do juiz, o autor explica que o modo como o julgamento penal é construído pela mídia configura uma falsificação da realidade, já que reduz completamente a complexidade do fato a ser apreciado pelo Poder Judiciário, abrindo espaço para que versões muitas vezes fantasiosas se disseminem no senso comum, versões essas que pelo fato de serem muito exploradas pela grande mídia, acabam permeando os procedimentos.[83] Nas palavras de Casara:

> O julgamento-espetáculo, portanto, visa agradar a espectador-ator social que assiste e atua condicionado por essa tradição autoritária (não, por acaso, atores sociais autoritários são frequentemente elevados à condição de "heróis" e/ou "salvadores da pátria"). Nessa toada, os direitos e garantias fundamentais passam a ser percebidos como obstáculos que devem ser afastados em nome dos desejos de punição e da eficiência do mercado. Em outras palavras, no processo penal do espetáculo, os fins justificam os meios (não causa surpresa, portanto, os ataques de parcela da magistratura ao princípio da presunção de inocência, apontado como uma das causas da impunidade).[84]

É preciso observar que, em nosso tempo, os meios de comunicação de massa (símbolos principais da velocidade-aceleração) são grandes responsáveis pela difusão do medo e da insegurança no seio social, na medida em que expõem o problema da criminalidade de forma fantasiosa, produzindo no imaginário comum a falsa noção de que vivemos em uma sociedade desordenada

82. CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, p. 11.

83. CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 11-12.

84. *Ibidem*, p. 13.

e sitiada pela violência. Em termos de processo, devemos estar atentos para o fato de que, em um cenário de pânico, sobretudo num momento em que o poder da mídia foi maximizado pela expansão da internet e a popularização dos equipamentos de alta tecnologia, "policiais e magistrados, de vigilantes, se convertem em vigiados por grupos voluntários dispostos a assinalar cada um de seus movimentos, a interpretar cada um de seus gestos, a publicar cada uma de suas palavras."[85] Nessa perspectiva, levando-se em conta o imenso poder que os *mass media* exercem no contexto atual, na medida em que produzem consensos e consolidam pré-julgamentos sobre casos criminais de modo imediato no imaginário comum (redes sociais), não podemos mais duvidar da sua profunda influência no processo de aceleração do Processo Penal e sobre seus atores.

O estado atual do Processo Penal torna evidentes os reflexos produzidos pela aceleração. A realidade forense e os inúmeros estudos que cotejamos até aqui dão conta, por exemplo, de diversas situações onde os expedientes de exceção acabaram se tornando regra, o que demonstra o quão corriqueiro é o desrespeito à essência constitucional e convencional do Processo Penal. Em nosso país, lamentavelmente, cada vez mais as garantias constitucionais e a orientação dos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos são relativizadas em nome de uma lógica utilitarista e eficientista fulcrada na urgência, conforme podemos observar na incidência de episódios em que direitos como a ampla defesa, o contraditório, a produção de provas, a presunção de inocência, entre outros, são desrespeitados[86].

5. Conclusão

Entendemos que a discrepância verificada na prática processual em relação à leitura constitucional e convencional do Processo Penal é, em grande parte, fruto da velocidade imposta pelo novo modo de vida, mas também é corroborada pelo legado do passado autoritário, conforme mencionamos antes. Podemos afirmar que as práticas criminais brasileiras, salvo raras exceções, ainda estão enclausuradas na esfera ordinária do processo, afastadas das novas metodologias e da complexidade das exigências contemporâneas, completamente dependentes de uma compreensão paleopositivista. Como consequência, é

85. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 67-69.

86. LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Processo penal no limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 11-15.

natural que apresentem um enorme déficit em relação às referências constitucionais e convencionais humanitárias. Desse modo, utilizando como base o trabalho de Giacomolli, concluímos que uma das providências mais eficazes para diminuir os riscos impostos pela aceleração de nosso tempo e reforçados pelas concepções autoritárias, consistiria em uma profunda transformação cultural do campo jurídico, sobretudo no sentido de uma hermenêutica adequada ao plano internacional, pois, somente assim teremos um devido Processo Penal constitucional, convencional e humanitário, realmente eficaz na limitação do poder punitivo.[87]

Como bem lembrou Prado, o recrudescimento verificado em posturas mais adequadas ao estado de exceção do que à democracia, como, por exemplo, as posturas referentes ao direito penal do autor e aos ditames dos movimentos de lei e ordem, sempre tiveram um campo fértil no cenário jurídico brasileiro, eis que o campo penal sempre foi dominado por agentes identificados com a tradição jurídica autoritária, em grande parte, pode-se dizer, abandonada por outros Estados democráticos. Sendo assim, o campo jurídico brasileiro permaneceu estagnado, preso à troca de conhecimento entre agentes de pensamentos afinados, o que acarretou inclusive o isolamento e a marginalização de alguns intelectuais de posicionamento mais crítico. Na concepção de Prado, o modo como o ensino jurídico se consolidou nas universidades, distante das abordagens críticas e voltado à preparação para concursos públicos, possibilitou que o campo jurídico brasileiro permanecesse fechado e maculado pelo pensamento autoritário.[88] Ao nosso sentir, as características peculiares do campo jurídico brasileiro, sobretudo o autoritarismo, tornam o Processo Penal ainda mais vulnerável aos efeitos da sociedade dromológica, uma vez que, diante da urgência, possibilitam uma constante renovação dos discursos baseados na defesa social e, consequentemente, facilitam a restrição de garantias e a adoção de medidas de exceção.

Sem sombra de dúvidas, a ideia de que a eficiência em sede de Processo Penal possibilita a redução da criminalidade é sedutora, contudo, a justificativa da eficiência não deve ser baseada na indiscriminada relativização das garantias. Conforme explicou Wedy, o desprezo pelas garantias previstas pelo ordenamento jurídico nacional e internacional em nome de uma pseudoeficiência proporciona grande insegurança jurídica e, desse modo, além de atentar contra

87. GIACOMOLLI, Nereu José, *op. cit.*, p. 11.

88. PRADO, Geraldo *et al*. *Decisão judicial:* a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 31-33.

a democracia, apenas contribui para o aumento da impunidade, na medida em que muitos procedimentos acabam sendo anulados diante do descumprimento das formalidades que legitimam o Processo Penal como instrumento de proteção do indivíduo e de realização da justiça[89].

Diante de tudo o que foi exposto, entendemos que, no contexto atual, marcado pela velocidade, o Processo Penal não deve sucumbir à dinâmica da urgência, sob pena de se afastar completamente de suas premissas democráticas. Mais do que nunca, precisamos ter consciência de que o modo de vida acelerado e o cenário de profunda injustiça social que caracterizam o período atual produzem cada vez mais conflitos e, por isso, provocam um desmedido avanço do poder punitivo estatal, restando os indivíduos, principalmente os identificados com certos grupos sociais, em posição de extrema vulnerabilidade. Sendo assim, considerando suas nobres funções, não apenas a de apuração dos delitos, mas, sobretudo, a de garantir a proteção dos indivíduos frente aos arbítrios que possam surgir por força do exercício do poder de punir, é evidente que o Processo Penal é um instrumento de fundamental importância para a consolidação de uma sociedade civilizada e democrática.

6. Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BAUMAN, Zygmunt; DONKIS, Leonidas. *Cegueira moral:* a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BECK, Ulrich. *A sociedade do risco:* rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales:* elementos para una crítica a la teoria unitaria de las nulidades en el processo penal. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000.

BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e controle social:* da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

89. WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23-26.

CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 3. ed. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias:* la ley del más débil. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo:* una discusión sobre derecho y democracia. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. *Cases* da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GLOECKNER, Ricardo jacobsen. *Risco, dromologia e processo penal:* uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Dissertação de Mestrado. PUC/RS, 2005.

HAWKING, Stephen. *Uma breve história sobre o tempo*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. p. 153-163. 1994.

KERCHKHOVE, Derrick. *A pele da cultura:* uma investigação sobre a nova realidade eletrónica. Trad. Luís Soares; Catarina Carvalho. Lisboa: Relogia D'Água, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero:* a moda e seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Processo penal no limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LOPES JR., Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. *In:* GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo:* para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal. Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da punição:* a ostentação do horror. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *A teoria dos jogos aplicada ao processo penal*. Lisboa: Rei dos Livros, 2015.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

PRADO, Geraldo *et al*. *Decisão judicial:* a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas:* tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2011.

SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Dever de memória e a construção da história viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do direito à memória e à verdade. *In*: PADRÓS, Enrique Serra (org.). *A Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985):* história e memória. Porto Alegre: Corag, 2009. v. 4.

SULOCKI, Victoria-Amália de. Autoritarismos presentes: biopolítica, estado de exceção e poder soberano. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Autoritarismo e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal:* jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TÜRCKE, Christoph. *Sociedade excitada:* filosofia da sensação. Trad. Antônio A. S. Zuin *et al*. Campinas: Unicamp, 2010.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VIRILIO, Paul. *A inércia polar.* Trad. Ana Luísa Faria. Lisboa: Dom Quixote, 1993.

VIRILIO, Paul. *Velocidade e política.* São Paulo: Estação Liberdade, 1997.

WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente:* exclusão social, criminologia e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro:* teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura basica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A dilação (in)devida do processo penal: entre os limites normativos e a discricionariedade judicial, de Marlise Scheid Sausen – *RBCCrim* 78/163-199 (DTR\2009\317); e
- Sistemas processuais penais à luz da constituição, de Eduardo Ribeiro Moreira e Margarida Lacombe Camargo – *RDCI* 97/73-91 (DTR\2016\24150).

Levando os argumentos a sério: a presunção de inocência no julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal

Taking arguments seriously: the presumption of innocence in the judgement of HC 126.292/SP by the Brazilian Supreme Court

Fernando Gabriel Ghiggi

Bacharel em Direito (2016) pela Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo/RS.
Integrante do grupo de pesquisa: Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade – crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais.
Técnico Judiciário.
fernandoghiggi@gmail.com

Fausto Santos de Morais

Doutor (2013) e Mestre (2010) em Direito Público (UNISINOS). Docente da Escola de Direito e Programa de Pós-Graduação Stricto Senso – Mestrado em Direito, IMED, Passo Fundo/RS.
Coordenador do grupo de pesquisa: Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais. Advogado.
faustosmorais@gmail.com

Recebido em: 29.09.2016
Aprovado em: 19.10.2016
Última versão dos autores: 13.12.2016

Áreas do Direito: Constitucional; Penal; Processual

Resumo: Diante de uma série de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), no que tange ao marco inicial da execução penal e a dispensabilidade do trânsito em julgado da condenação, levanta-se a seguinte problemática: o STF enfrentou adequadamente as questões jurídicas necessárias para fixar seu entendimento quanto à citada matéria, em respeito à coerência e integridade do direito? Acredita-se que a Corte agiu de modo pragmático, respondendo ao caso com fundamentos vulgarizantes da interpretação constitucional e dos aspectos princípiológicos, quando a questão seria resolvida de modo diverso, sem maiores esforços, pela aplicação

Abstract: In light of a series of decisions from Brazilian Supreme Court concerning the initial boundary for executing penal sentences and the dispensability of *res judicata* for enforcing the criminal conviction, the following problem was raised: has Brazilian Supreme Court properly addressed the legal issues needed to establish its opinion, in respect for the coherence and integrity of law? It is believed that the Court acted pragmatically, answering to the case by vulgarizing constitutional interpretation and principiological aspects, when the matter would be resolved differently, without major efforts, by an almost "literal" application of the law

quase "literal" da lei e da própria Constituição. Para tanto, a presente pesquisa objetiva propor análise crítica às decisões do Tribunal na citada matéria, amparada na teoria de Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais – Execução Provisória da Pena – Direito Constitucional – Processo Penal – Ronald Dworkin.

and the Constitution. Therefore, the present research aims to propose a critical analysis to the decisions of the said Tribunal in the discussed issue, anchored by the theory of Ronald Dworkin.

Keywords: Constitutional Law – Provisory Execution of Penal Sanction – Constitutional Law – Criminal Procedure – Ronald Dworkin.

Sumário: 1. Introdução. 2. As (in)decisões do Supremo Tribunal Federal quanto ao marco inicial para cumprimento da pena. 3. A teoria de Ronald Dworkin. 4. Levando o direito a sério: crítica à decisão do stf e o esboço de uma resposta correta. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) revisitou sua jurisprudência em tema referente ao marco legal e constitucional para permitir a execução provisória de pena imposta por condenação criminal. Desde a promulgação da Constituição de 1988 (CRFB/88), o STF flutuou em seu entendimento, entre a possibilidade e a vedação de execução da pena na pendência de recursos aos tribunais superiores. Em fevereiro de 2016, por decisão do plenário da Corte, reviu-se a matéria no HC 126.292/SP para afastar-se o requisito do trânsito em julgado. Após o julgamento, decisões monocráticas dos Ministros do Tribunal oscilaram entre seguir ou não o novo entendimento fixado.

Tais acontecimentos são merecedores de preocupação e de análises profundas. Primeiramente, uma Corte Constitucional instável não é em nada sadia a um ordenamento jurídico democrático, especialmente num contexto em que o constitucionalismo atinge o zênite enquanto paradigma jurídico. Em segundo lugar, pelo fato de o STF estar no centro das decisões jurídicas e políticas do ordenamento pátrio, justifica-se a importância de abordagens acerca da instabilidade jurisprudencial e – mais especificamente o escopo desta pesquisa – do próprio mérito das decisões da Corte.

Nesse sentido, crê-se que a teoria de Ronald Dworkin pode contribuir para leituras críticas à prática jurídica. O citado autor desenvolveu uma teoria do direito como empreendimento interpretativo, embasado na integridade enquanto virtude basilar da atividade legislativa e judicial, com a acepção de que há um forte direito moral a que as decisões judiciais imponham e apliquem os direitos aprovados e promulgados pelos órgãos legislativos. Nessa perspectiva, as decisões judiciais seriam vistas como capítulos de um

romance em cadeia, no qual cada uma prenderia-se à questão de princípio subjacente, que lhe sustenta como parte desse empreendimento. Com isso, o autor sustentava a existência de respostas corretas aos casos emergentes em dado ordenamento jurídico, a partir da releitura histórico-institucional das regras e das questões de princípio enquanto argumentos institucionalizados que orientam o julgador.

Com efeito, baseando-se na teoria de Dworkin, indaga-se: o STF enfrentou adequadamente as questões jurídicas necessárias para fixar seu entendimento quanto ao marco inicial para cumprimento da pena imposta por condenação criminal, em respeito à integridade do direito?

A hipótese, a ser verificada, é que o Tribunal não o fez. A Corte agiu de modo pragmático, respondendo ao caso com fundamento na interpretação constitucional e aspectos princípiológicos um tanto quanto duvidosos, quando a questão seria resolvida de modo diverso, e sem maiores esforços, por uma aplicação quase que literal da lei e da Constituição. Com essa orientação, a presente pesquisa objetiva propor uma análise à postura do STF quanto à matéria problematizada – especialmente no julgamento do HC 126.292/SP.

Para tanto, amparando-se numa revisão bibliográfica e jurisprudencial, o trabalho tem três objetivos específicos: (i) relato descritivo da evolução do entendimento do STF quanto ao marco para cumprimento da sanção penal; (ii) estudo da teoria de Dworkin relativa ao direito como integridade, para entender as contribuições à matéria em comento; (iii) análise crítica da atuação do Tribunal, com esboço de uma "resposta correta".

2. As (in)decisões do Supremo Tribunal Federal quanto ao marco inicial para cumprimento da pena

A promulgação da Constituição Federal de 1988 marcou a quebra definitiva com o regime ditatorial anteriormente vigente no Brasil. Tal documento prevê em seu texto um vasto e extenso rol de direitos fundamentais, muitos deles direcionados a investigados ou réus em processos criminais. Entretanto, certas previsões são objeto de controvérsia quanto à sua aplicação. Por exemplo, o marco inicial para cumprimento de pena imposta por condenação criminal, haja vista que a Constituição traz, em seu artigo 5º, LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Enquanto alguns entendem que tal disposição não impede a execução provisória da pena imposta judicialmente, outros aduzem que admiti-la violaria o princípio da presunção de inocência – consagrado, segundo a comunidade jurídica, pelo citado dispositivo.

O início da resolução da controversa se deu com o HC 68.726/DF[1], quando o Ministro Néri da Silveira fixou o entendimento de que não era necessário o trânsito em julgado da decisão condenatória para iniciar-se a execução da pena imposta. Ressaltou-se inexistir incompatibilidade com o artigo 5º, LVII, da CRFB/88, sendo a execução imediata um efeito processual da decisão do julgamento em segundo grau, relativamente à garantia da aplicação da Lei Penal (p. 212-214).

Contudo, com o passar do tempo, instalou-se divergência de entendimento entre as turmas do STF a respeito da temática. Em fevereiro de 2009, o Tribunal assentou, no HC 84.078/MG[2], por 07 votos a 04, que a execução da pena sem se vislumbrar o trânsito em julgado da decisão condenatória era incompatível com a regra contida no artigo 5º, LVII, da CRFB/88, devendo ser garantida a liberdade dos réus em processo penal até o trânsito em julgado. Afirmou-se que a execução antecipada da pena representaria uma incongruência no sistema, sendo cabível tão somente a prisão cautelar (preventiva ou temporária), nas hipóteses legais e desde que devidamente fundamentadas, sob pena de violação, inclusive, ao devido processo legal e à ampla defesa.

Esse entendimento remanesceu na Corte até 17 de fevereiro de 2016, quando o STF, no HC 126.292/SP[3], por 07 votos a 04, firmou a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O Min. Teori Zavascki (Relator) aludiu: ao esgotamento da análise fático-probatória nas instâncias ordinárias – argumento repetido em diversos votos dos Ministros –; à ínfima porcentagem de provimento de recursos extraordinários; aos recursos com propósitos protelatórios e possibilidade de prescrição; à Lei da Ficha Limpa, que gera efeitos já a partir da condenação por órgão colegiado; à matéria em outros ordenamentos jurídicos; e à possibilidade do uso de *habeas corpus* ou medida cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso de natureza extraordinária (p. 09-19) – estes três últimos argumentos também citados pelo Ministro Gilmar Mendes (p. 68-72).

1. STF, HC 68726, Relator(a): Min. Néri Da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 28.06.1991, DJ 20-11-1992.
2. STF, HC 84078, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05.02.2009, DJe-035 DIVULG 25.02.2009, PUBLIC 26.02.2010.
3. STF, HC 126292, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016, DJe-100 DIVULG 16.05.2016, PUBLIC 17.05.2016.

Outrossim, demais argumentos dos Ministros favoráveis à decisão[4] referiram-se: ao desprendimento da literalidade do artigo 5º, LVII, CRFB/88 e impossibilidade de atribuir-lhe caráter absoluto em observância a outros princípios e regras constitucionais (p. 21-22); à funcionalidade do sistema penal com o fim de recursos protelatórios, bem como o fim da seletividade do sistema processual – réus com mais recursos financeiros beneficiavam-se ao adiar a execução por anos – e a "quebra do paradigma da impunidade" (p. 49-53); à expectativa da sociedade em relação ao princípio da não culpabilidade (p. 58); ao fomento ao uso da prisão preventiva diante dos óbices à execução ao final do processo (p. 64); a casos emblemáticos nos quais os réus ficam anos em liberdade aguardando julgamento (p. 65); ao interesse coletivo em relação às questões federais e constitucionais analisadas nos recursos de natureza extraordinária (p. 68); à insuficiência de força de trabalho e elevada demora de julgamento dos casos no STF (p. 71).

Os Ministros contrários à decisão argumentaram em relação: ao respeito à segurança jurídica e jurisprudência da Corte, pela não alteração do entendimento apenas em face da mudança de membros (p. 55-56); ao esvaziamento do caráter garantista da CRFB/88 (p. 76); à instabilidade social gerada pela alteração de entendimento e a necessidade de resguardarem direitos mesmo em épocas de crise (p. 77); à impossibilidade de se retornar ao estágio anterior ao cumprimento da pena no caso de reforma da decisão (p. 78); ao fato de que dispositivo constitucional relativo à presunção de inocência é claro e taxativo, não sendo passível de interpretação (p. 77-78 e p. 97); à presença da presunção de inocência em tratados e convenções internacionais (p. 80-82); à ruptura com o paradigma autoritário representado pela Constituição de 1988, sendo a presunção de inocência um direito fundamental ínsito à democracia (p. 83-90); ao ônus probatório da acusação e dever de tratamento do réu como inocente, aspectos citados em diversas passagens do julgado.

Após a decisão do plenário da Corte, em 14.06.2016, o Min. Edson Fachin, no julgamento do HC 133.387/DF[5], reiterou a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, remetendo-se à decisão supra e à excepcionalidade de efeito suspensivo dos seus recursos ao STF.

4. Além do já citado Ministro Teori Zavaski também os Ministros Luis Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Contrário à decisão, foram Ministros vencidos: Ricardo Lewandowski (Presidente), Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello.

5. STF, HC 133387, Relator(a): Min. Edson Facchin, decisão monocrática, julgado em 14.06.2016, DJe-124 DIVULG 15.06.2016.

Por outro lado, e 01.07.2016, o Ministro Celso de Mello, na Medida Cautelar no HC 135.100/MG[6], foi na contramão do julgamento pelo plenário da Corte, suspendendo ordem de prisão exarada após decisão recorrível, por entender configurar-se inversão da liberdade garantida pela presunção de inocência. Citou previsão constitucional e legal que exigem o trânsito em julgado como pressuposto à execução da pena, inviabilizando-a antes desse marco. Por fim, ressaltou que o HC 126.292/SP era processo de perfil subjetivo, destituído de eficácia vinculante perante demais juízes e Tribunais.

Já em 27.07.2016, no bojo do HC 135.752/PB, de relatoria afeta ao Min. Edson Fachin, o Min. Ricardo Lewandowski, então Presidente do STF, utilizando-se das prerrogativas de sua função, decidiu a liminar[7] do *habeas corpus,* impetrado em face de decisão que ordenara a execução da pena na pendência do trânsito em julgado. O Ministro Presidente aduziu ofensa ao princípio da presunção de inocência nessas circunstâncias, exceto na prisão cautelar, quando presentes os requisitos previstos em lei e comprovado o seu preenchimento, por "situações empíricas concretas". Arguiu, ainda, que a prisão cautelar não pode antecipar o cumprimento da pena. Por fim, citou a jurisprudência passada da Corte quanto à na matéria, e também quanto à inadmissão de prisão cautelar pela simples gravidade do crime, condições abstratas, comoção social ou indignação popular (p. 06-10).

Não obstante, em 02.08.2016, o Min. Edson Fachin, ao analisar o mérito do HC 135.752/PB[8], revogou a decisão do Presidente da Corte, em referência à decisão do plenário no HC 126.292/SP e à necessidade de estabilização da jurisprudência, além do exaurimento da análise fático-probatória nas instâncias ordinárias (p. 03-05).

Com efeito, constata-se que além de o Tribunal rever sua jurisprudência com certa facilidade, não há unidade entre as decisões posteriores. Contrapõem-se entendimentos relativos à interpretação e aplicação de princípios constitucionais e das regras previstas na legislação. Portanto, acredita-se que o estudo da teoria de Ronald Dworkin, jusfilósofo norte americano, pode resultar em

6. STF, HC 135100, Relator(a): Min. Celso De Mello, decisão monocrática, julgado em 01.07.2016, DJe-140 DIVULG 04.07.2016.
7. STF, HC 135752, Relator(a): Min. Edson Fachin, decisão monocrática da medida liminar pelo Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27.07.2016, DJe-159 DIVULG 29.07.2016.
8. STF, HC 135752, Relator(a): Min. Edson Fachin, decisão monocrática, julgado em 02.08.2016, DJe-164 DIVULG 04.08.2016.

relevantes contribuições à análise crítica da postura do Tribunal, bem como facilitar a compreensão da adequada resolução da matéria controvertida.

3. A teoria de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin iniciou a exposição de sua teoria a partir de um debate com o modelo de positivismo jurídico idealizado por Herbert Hart, em sua obra *The concept of law* (O conceito de direito). Hart assumia que, embora a grande maioria de casos comuns fosse resolvida facilmente pelos padrões jurídicos aplicáveis (legislação ou precedente), as regras do direito se mostrariam indeterminadas em certas situações limítrofes, algo inerente à linguagem e à imprevisibilidade factual humana. Por isso, ocasionam-se questionamentos na sua aplicação. Tal característica é denominada *textura aberta*[9].

Quanto ao âmbito de textura aberta indeterminada, o autor afirmava serem casos não regulados pelo direito – ou seja, esse não providenciaria uma resposta[10]. Hart defendia que todo sistema jurídico comportaria um campo de padrões vagos a serem determinados pelas autoridades e Tribunais, mediante o exercício de poder discricionário, com base nas "suas próprias crenças e valores", efetivamente criando o direito[11].

Em outros termos, o magistrado legisla um novo direito e o aplica retroativamente ao caso em pauta[12]. Dworkin desenvolve árdua crítica a essa teoria positivista de Hart, na qual o *caso difícil* – não previsto nas regras – seria resolvido pelo exercício de um ato de criação do direito, fundado no discernimento pessoal da autoridade[13].

---

9. HART, H.L.A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 127-128.
10. *Ibidem*, p. 252.
11. HART, H.L.A. *The concept of law*, *cit.*, p. 136 e p. 272-276. Para elucidar as colocações de Hart, é preciso salientar que o autor não defendia uma plena discricionariedade, pois alegava a existência de constrangimentos substanciais e a necessidade de se ter razões gerais justificativas, além de explicar que a atividade criativa ocorreria apenas em casos específicos nos quais o direito fosse incompleto (*hard cases*). *Ibidem*, p. 273. Ainda, Hart aduz que: "(...) as Cortes consideram regras legais não apenas como previsões, mas como padrões a serem seguidos na decisão, suficientemente determinados, a despeito de sua textura aberta, para limitar, embora não excluir, sua discricionariedade". *Ibidem*, p. 147.
12. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 43-44 e p. 81. Ver também HART, H.L.A. *The concept of law*, *cit.*, p. 132-135.
13. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *cit.*, p. 17-34.

O cerne do afloramento da teoria e da crítica de Dworkin é a noção da existência de outros padrões normativos além das regras, quais sejam, os princípios, que impõem exigências de equidade, justiça, ou outro aspecto vinculado à moralidade[14]. Enquanto as regras são aplicadas no esquema tudo-ou-nada, isto é, ou é válida e a resposta oferecida deve (*must*) ser aceita, ou é inválida e em nada ajuda na decisão, os princípios, por sua vez, não expressam consequência jurídica imediata, mas funcionam como uma razão ou caminho a orientar os argumentos e a decisão[15].

Com efeito, tornar-se-ia inadmissível atribuir-se poder discricionário ao juiz, ou seja, uma possibilidade de escolha, sem vinculação a padrões advindos da lei ou da Constituição – discricionariedade em sentido forte[16]. Isso decorre do fato de que o consubstanciado de regras impõe obrigações aos juízes, para segui-las caso se apliquem ao caso (sob pena de erro), e de que os princípios são, também, obrigatórios (*binding*) às autoridades, orientando suas decisões em determinada direção, considerando a história legislativa e judiciária e as compreensões compartilhadas na comunidade[17].

Por isso, o autor não admite nenhum nível de poder discricionário para excluir leis aprovadas. Há um *dever* de levar em consideração a "supremacia legislativa" – um arcabouço de princípios que sustenta o dever *a priori* de deferência pela lei – ou seja, o Tribunal não tem liberdade para desconsiderar uma regra por preferências pessoais, mas apenas em face de um grupo mais forte de princípios – dependentes de um apoio institucional (*institutional support*) – aos quais a Corte também tem obrigação de respeitar[18].

---

14. *Ibidem*, p. 22.
15. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *cit.*, p. 24-26.
16. Considera-se aqui a diferenciação feita por Dworkin entre discricionariedade em sentido forte e em sentido fraco. Enquanto o sentido fraco representaria a simples necessidade de julgamento ou o fato de se tratar da última instância – não passível de revisão –, o sentido forte é utilizado para designar alguém exercendo um juízo desvinculado e não limitado por padrões previamente estabelecidos. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *cit.*, p. 31-33.
17. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *cit.*, p. 35-37. Portanto, mesmo na ausência de uma regra jurídica, sempre existiriam as razões mais fortes do que outras, determinando haver ou não obrigação jurídica. *Ibidem*, p. 44. Ou seja, direito e obrigação são definidos, inicialmente, a partir de uma estrutura constitucional – processos legislativos e judiciários – e também da "responsabilidade de cada um em aceitar decisões coletivas como obrigatórias". DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 317-321.
18. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *cit.*, p. 37-40.

Faz-se relevante, ainda, a distinção trazida por Dworkin entre os argumentos de princípio e argumentos de política[19]. Estes últimos justificariam a decisão pública por demonstrar que ela fomenta objetivos perquiridos pela comunidade, como, por exemplo, aspectos econômicos ou sociais[20], ou seja, voltam-se à promoção de "alguma concepção do bem-estar geral ou interesse público" [21]. Os argumentos de princípio, por sua vez, justificam a decisão política ao demonstrar que ela respeita ou garante o direito do indivíduo ou grupo. É a partir desses argumentos de princípio que se deveriam resolver os casos difíceis[22].

O autor pauta a jurisdição constitucional na ideia de que os Tribunais seriam "fóruns de princípios", aptos a tomar decisões de princípio, não de política. Isto é, deve-se decidir sobre quais direitos as pessoas têm ou não dentro do sistema constitucional, e não decisões preocupadas tão somente na promoção do bem estar geral (questões morais e políticas).[23].

Como aspecto basilar, a noção de *integridade*, assume especial relevância em Dworkin. Trata-se do meio-termo entre duas outras concepções. Primeiro, as *convencionalistas*, segundo as quais a prática jurídica se resume a convenções sociais sobre a fonte do direito, isto é, o direito posto, de caráter estático e incontestável, pendendo ao conservadorismo[24], à exceção de casos imprevistos na legislação, em que juízes decidiriam discricionariamente[25]. Em segundo lugar, as *pragmatistas*, nas quais os juízes possuiriam o poder de decidir como considerassem o melhor modo de fazer justiça, desvinculados das decisões passadas, sejam elas legislativas ou judiciais, voltando-se apenas ao "melhor futuro", utilizando-se, para tanto, dos direitos como instrumentos a esse fim[26]. A *integridade* seria uma alternativa, na medida em que resguarda observância

19. Exemplificam-se princípio e política, respectivamente como: "ninguém pode se beneficiar da própria torpeza", e "acidentes automobilísticos devem ser reduzidos". DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *cit*., p. 22.
20. *Ibidem*, p. 82.
21. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 11.
22. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *cit*., p. 82-84.
23. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, *cit*., p. 69-70.
24. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 193.
25. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 114-120.
26. *Ibidem*, p. 154-160.

àquilo que foi construído historicamente, mas permite a evolução do ordenamento jurídico.

Na busca pela coerência e integridade, não se poderia olvidar o questionamento acerca de quais seriam os propósitos, e a legitimação, a uma prática como o direito, delineando as ações de uma sociedade. Necessariamente, isso remeteria a uma ideia de *moralidade política*, a qual dita o que indivíduos em conjunto devem (*owe*) aos outros quando se age em nome da comunidade política[27]. Para tanto, há uma relação interpretativa-construtiva entre o propósito e o objeto do direito[28], a qual deve ser justificada não apenas por aquilo que os membros da comunidade consideram certo ou errado, mas também pelos direitos e deveres vinculados ao compromisso com as decisões dotadas de autoridade que constituem o próprio direito[29].

Consolidar essa moralidade política condiciona-se a ideais de justiça, equidade (*fairness*) e devido processo legal (*procedural due process*)[30], juntamente com a coerência e integridade, concebíveis apenas diante de uma *comunidade de princípios*[31]. Isto é, as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns, virtudes condicionantes de suas ações. Decisões políticas são tomadas em uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade adotará como concepção de justiça, equidade e devido processo legal, em meio a pessoas que aceitam a integridade, embora discordem sobre a moralidade política[32]. Assim, os princípios coordenadores de uma comunidade deveriam, obrigatoriamente, justificar e sustentar a resolução das decisões públicas, tanto as Legislativas como as Judiciárias, sendo capazes, por conseguinte, de representar o enraizamento institucional do direito[33].

27. DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, *cit*., p. 327-328.
28. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, *cit*., p. 52.
29. *Ibidem*, p. 97.
30. Dworkin traz uma explanação a cada uma dessas virtudes políticas. A justiça expressa a preocupação com as decisões tomadas pelos legisladores e demais autoridades, devendo-se garantir a justa distribuição de recursos e proteção das liberdades, ou seja, visa-se à garantia de um resultado moralmente justificável. A equidade implica na fixação de procedimentos políticos que garantam a igual distribuição de poder político (influência) a todos os cidadãos. O devido processo legal, nesse sentido, implica no respeito aos procedimentos corretos para julgar se dado cidadão infringiu as leis estabelecidas, com meios de prova e revisão que proporcionem um justo grau de exatidão e tratamento adequado. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, *cit*., p. 164-165.
31. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*, *cit*. p. 191.
32. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, *cit*., p. 211.
33. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*, *cit*., p. 191-192.

Daí decorreria a noção de *integridade* e *coerência*. Enquanto a coerência exige a resolução de casos iguais da mesma maneira, a integridade pode também exigi-lo, ou pode, por vezes, requerer o afastamento da linha de decisões, a fim de resguardar o respeito aos princípios mais fundamentais ao sistema como um todo[34].

A integridade do direito compele à observância e contínua interpretação da história jurídica como fonte da decisão[35]. Daí emerge a ideia de coerência narrativa, a partir de analogia feita por Dworkin entre o Direito e a Literatura. O Direito, como empreendimento interpretativo, funcionaria sob a ótica de uma narrativa em constante desenvolvimento[36]. De modo semelhante, quando um grupo de romancistas escreve uma história, cada um interpreta o que recebeu e escreve seu capítulo na sequência, buscando a melhor elaboração possível do romance como um todo, não podendo esquecer sem justificativa tudo aquilo que fora desenvolvido nos capítulos anteriores, enquanto pensa na unidade dos capítulos futuros do romance[37].

Tal teoria é denominada de *romance em cadeia*. É justamente dessa maneira que o Direito deveria funcionar na concepção de Dworkin. Sempre que os juízes fossem decidir um caso, deveriam fazê-lo de modo que sua decisão representasse uma nova etapa (capítulo) da moralidade política, não podendo abandonar o que se produzira sem uma justificativa forte o bastante. Trata-se de exigência à decisão para resguardar coerência ao ordenamento jurídico na sua totalidade. É a partir dessa coerência narrativa que se poderá verificar a correção da decisão[38].

Veja-se, Dworkin defende que mesmo as questões mais controversas do Direito possuem uma *resposta correta*[39]. Para tanto, aduz que uma resposta é correta se, em relação ao conjunto do direito estabelecido, é a que melhor se ajusta (*fit*), e tem à sua disposição a melhor justificativa (*justification*) enquanto teoria política ou moral, isto é, captura melhor os direitos que as pessoas

34. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, *cit*., p. 219.

35. Portanto, é a partir desse diálogo entre presente e tradição é que se conseguiria encontrar razões para guiar as novas decisões, sendo o papel dos argumentos de princípio direcionar o raciocínio jurídico, sempre vinculado, em seu conteúdo, à história institucional da comunidade. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*, *cit*., p. 193.

36. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, *cit*., p. 225-227.

37. *Ibidem*, p. 229.

38. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, *cit*., p. 227-232; e MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*, *cit*., p. 194.

39. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, *cit*., p. 119.

de fato possuem na dimensão da moralidade política, quando comparada à proposição contrária[40].

Isso se sustenta pela submissão dos juízes e demais autoridades à *responsabilidade política*: devem (*must*) apenas tomar decisões que possam encontrar justificativa dentro de uma teoria política que também justifique outras decisões que se proponham a tomar, e não decidir cada caso isoladamente. Por conseguinte, as decisões judiciais deveriam ser construídas por argumentos de princípio, compatibilizados com as decisões anteriores que foram mantidas e, ao mesmo tempo, com as decisões que o Direito (como instituição) está preparado a receber futuramente[41].

Dessa forma, sempre existiriam razões decorrentes da coerência narrativa[42] capazes de ensejar a preferência de uma resposta à outra. Assim, os participantes estão aptos a afirmar ou negar uma resposta como a que melhor se ajusta (*fit*) dentro da teoria política que apresenta a melhor justificativa (*justification*) para as proposições do direito estabelecido[43]. Com isso, o ajuste (*fit*) determina os limites decorrentes da prática da comunidade e história jurídica em que se insere o indivíduo, a partir da integridade e coerência do direito como instituição. Ademais, a definição de uma finalidade, propósito, ou valor (*value*) ao direito, permite alcançar os argumentos (de princípio) que melhor o representem. Nessa perspectiva, a interpretação que enuncie um princípio de justiça mais sólido, ou que melhor se coadune com a teoria política substantiva, restará justificada como a resposta correta[44].

Por fim, ao atuar fora dessas margens da integridade[45], pode-se recair no ativismo – uma forma mais forte do pragmatismo. Trata-se de ignorar o texto da

40. *Ibidem*, p. 142-145.

41. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *cit*., p. 87-88.

42. A coerência narrativa condiciona o intérprete por um sentido prévio à interpretação, fornecendo-lhe elementos aptos a balizar o reconhecimento de princípios, a partir dos quais é possível encontrar, de modo responsável, a resposta correta consistente com a história institucional do direito. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*, *cit*., p. 194-195. Por isso, no direito como empreendimento interpretativo, o participante é delimitado pelas práticas jurídicas do conjunto das instituições que formam historicamente o sistema jurídico-interpretativo. DWORKIN, Ronald. *Law's Empitre*, *cit*., p. 90-91.

43. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, *cit*., p. 136-139.

44. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, *cit*, p. 158-162; DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, *cit*., p. 51-53.

45. O autor norte americano elucida que a interpretação não significa atribuir ao texto as próprias convicções, nem um juízo moral qualquer, por mais atraente que seja. Pelo

Constituição, sua história de promulgação, bem como as decisões anteriores da Suprema Corte e da comunidade política, para impor o próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige, sem o devido respeito à moralidade política[46].

Falar em resposta correta não significa dizer que todos darão a mesma resposta ao caso ou que concordarão com a resposta do outro, mas sim que um deles, inevitavelmente, estará errado. A integridade do direito impõe um dever de aplicar a lei e os princípios enquanto padrões jurídicos representativos da historicidade institucional da comunidade jurídica. Nesse sentido, a resposta correta pode exigir uma complexa reflexão sobre a justificação moral de algum argumento de princípio, ou, também, pode exigir nada mais do que o "simples cumprimento da lei". Isso tudo deve estar em mente quando se pretende uma análise crítica do fenômeno jurídico, como se fará na sessão seguinte.

4. Levando o direito a sério: crítica à decisão do STF e o esboço de uma resposta correta

De início, a crítica mais evidente à atuação do STF é o caráter pendular de sua jurisprudência na matéria. Ora se admite a execução provisória, ora se exige o trânsito em julgado. Toda a construção de Dworkin sobre a integridade e coerência do direito e das decisões judiciais se aplicam aqui.

A facilidade em se modificar a jurisprudência pela simples mudança na composição da Corte e a circunstância de decisões monocráticas variarem em relação à tese firmada pelo plenário colidem frontalmente com a noção de romance e cadeia e, certamente, são aspectos temerários merecedores de especial preocupação e consideração da comunidade jurídica. Entretanto, quer-se deixar essa crítica com tal provocação – de que não há respeito pela integridade e coerência das decisões judiciais – para imergir-se no mérito da questão do marco inicial para cumprimento da pena, à luz das lições de Dworkin, esboçando-se o que seria uma resposta correta ao caso, em respeito à integridade do direito.

Antes, contudo, frise-se que a discussão do Tribunal recaiu quase que exclusivamente no artigo 5º, LVII, da CRFB/88, cuja redação é que todos são

contrário, acarreta um dever de encontrar argumentos que se ajustem (*fit*) de modo coerente, por exemplo, com a Constituição como um todo e com o passado da interpretação constitucional. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*: the moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 10-11.

46. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, *cit.*, p. 378.

presumidamente inocentes até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Não obstante, quer-se (e deve-se) ir além da análise fechada a esse inciso. Ainda assim, é importante ressaltar leituras que buscaram relativizar a expressão "trânsito em julgado" para dizer que a execução da pena poderia ocorrer em fase anterior, assumindo cessar a inocência após as instâncias ordinárias. De fato, pode-se dizer que não há necessária e evidente vedação à prisão – de um inocente – antes do trânsito em julgado pelo citado dispositivo. No entanto, frise-se: antes desse marco expresso, claro e taxativo, qualquer prisão determinada estará recaindo sobre uma pessoa inocente, seja qual for seu fundamento. Tal inciso é apenas parte do regramento, de forma que a questão abordada pelo Tribunal é, em verdade, resolvida por outras previsões constitucionais e legais.

Em verdade, a resposta correta era – e é – simples. O tratamento da permissão de se levar alguém à prisão deve respeito ao inciso LXVI, do artigo 5º da CRFB/88, o qual assevera que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando *a lei* admitir a liberdade provisória (...)" (grifou-se). Logo, a Constituição delega ao legislador o juízo político e moral sobre quando alguém pode ser preso e quando deve ser garantida a liberdade. Para plena elucidação, *a Lei* – Código de Processo Penal (CPP), artigo 283, *caput* – estabelece que:

> *Ninguém poderá ser preso senão* em *flagrante delito* ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de *sentença condenatória transitada em julgado* ou, *no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva* (grifou-se).

Por conseguinte, no processo penal há, em síntese, as seguintes hipóteses de prisão: prisão *em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado*; prisão temporária (destinada à investigação criminal – Lei 7.960/89 –); prisão em flagrante; e prisão *preventiva*. Por delimitação temática, entende-se que a primeira e a última hipóteses irá contribuir com o desenvolvimento dos argumentos neste trabalho apresentados.

A prisão em *decorrência de sentença condenatória transitada em julgado* está regulada nos artigos 674 e 675, do CPP[47], bem como pelo artigo 105,

47. Código de Processo Penal, art. 674: "*Transitando em julgado a sentença* que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena" (grifou-se).
Código de Processo Penal, art. 675: "No caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão, por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, o juiz, ou o presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará

da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP)[48]. Se a Constituição atribuiu à *Lei* a tarefa de regular a prisão e a liberdade provisória, a *Lei*, nessa modalidade de prisão, traz expressamente, e em pelo menos quatro oportunidades, o marco do trânsito em julgado para admitir o cumprimento da pena e a condução à prisão, não admitindo em nenhum momento a execução provisória ou antecipada. Repare-se que tais dispositivos estão em capítulos da legislação referente à *execução da pena* e *penas privativas de liberdade*. Isto é, trata-se efetivamente da fase de execução do processo criminal, aplicando ao condenado a pena concreta, imposta e calculada pelo juiz a partir do crime que – agora, comprovadamente – cometera-se.

Resta verificar a prisão preventiva. A *Lei*, no artigo 312 do CPP, regula a matéria, admitindo a prisão preventiva para "garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria", estando presentes os requisitos do artigo 313 do CPP. Ademais, o artigo 321 do CPP impera que: "ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz *deverá* conceder liberdade provisória (...)" (grifou-se). Novamente, a lei trouxe requisitos a serem verificados e comprovados no caso concreto, e, quando não presentes, impõe-se a concessão da liberdade.

Em nenhum desses dispositivos legais referentes à prisão por decisão transitada em julgado ou à prisão preventiva há a permissão de cumprimento da pena em decorrência de "*sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição*" ou algo semelhante. Circunstância diferente daquilo que ocorre, por exemplo, com a opção legislativa na Lei da Ficha Limpa, em que a inelegibilidade é, expressamente, efeito da decisão transitada em julgado *ou proferida por órgão colegiado*[49].

Em síntese, como a Constituição delega à lei a definição das hipóteses de prisão, ou há o trânsito em julgado e pode-se executar a pena imposta pela decisão judicial, ou a lei só admite a prisão preventiva nas hipóteses determinadas. Não sendo o caso de prisão preventiva, *deve-se* garantir a liberdade provisória na pendência do processo criminal (leitura conjunta do artigo 5º, LXVI, da

expedir o mandado de prisão, logo que *transite em julgado a sentença condenatória*". (grifou-se).

48. Lei 7.210.84, art. 105: "*Transitando em julgado* a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução" (grifou-se).

49. Artigo 1º, I, alíneas *d*, *j* e *p*, e artigo 15 da Lei Complementar (LC) 64/90, alterados pela LC 135/2010.

CRFB/88 e dos artigos 283, 312, 321, 674 e 675 do CPP, e artigo 105 da LEP). Ora, a conclusão não pode ser outra senão: equivoca-se o STF ao permitir o cumprimento da pena nos termos em que o fizera, tal interpretação está longe de se ajustar (*fit*) ao direito estabelecido. A resposta correta exige o trânsito em julgado para o cumprimento da pena – portanto, recaindo sobre pessoa culpada –, ou o preenchimento dos requisitos da prisão preventiva para o encarceramento de natureza cautelar – antes do trânsito em julgado, possibilitando-se a prisão de pessoa inocente.

Todo esforço do Tribunal em reinterpretar o inciso LVII, do artigo 5º, é inoportuno, pois "apenas" [50] fixa o marco acerca de quando alguém deixa de ser considerado inocente. Novamente, a Constituição delegou à lei o juízo político e moral sobre o cabimento da prisão. *A Lei* – democraticamente estabelecida – fixou os parâmetros e marcos processuais e probatórios para a condução de culpados e inocentes à prisão. Qualquer extensão dessas possibilidades por um Tribunal é ilegítima, inconstitucional e antidemocrática.

Esse é o ponto chave da presente crítica. O caso não se resolvia por ferramentas de interpretação constitucional, princípios, proporcionalidade, nem qualquer outro recurso interpretativo, epistemológico, congnoscivo, comparativo, metodológico, ou afins. Exigia-se mera aplicação da literalidade da Constituição e da lei. Ainda assim, insiste-se em buscar justificativas avulsas e vulgarizar os recursos teóricos interpretativos citados a fim de alcançar uma resposta diversa daquela exigida pela integridade do direito. Esta é questão (argumento) de princípio: *levar o direito a sério*.

A situação é semelhante ao exemplo trazido por Dworkin.

> "No beisebol, uma regra estipula que se o batedor levar três *strikes* ele está fora do jogo. Um juiz não pode, coerentemente, reconhecer que isso é uma regra do beisebol e decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado"[51]. Isto é, sempre que o Tribunal identifica a circunstância da regra no caso em análise, ele está obrigado a (*is bound to*) aplicá-la[52].

50. Não se quer dizer que a presunção de inocência não é um importante argumento de princípio e um direito relevante no processo penal. Não obstante, quer-se mostrar como a má-compreensão do direito – e das fontes do direito – pode deturpar a análise decisória em casos relevantes. A presunção de inocência de fato pode ser fonte argumentativa substancial, seja em deliberações legislativas, seja sobre a própria decisão do Tribunal que aqui se aborda – como se verá na resposta a alguns argumentos dos Ministros na sequência do texto.

51. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *cit.*, p. 24

52. *Ibidem*, p. 28.

> Transpõe-se: "no direito brasileiro, uma regra estipula que ninguém será levado a prisão quando a *lei* admitir a liberdade provisória. Não pode o juiz, coerentemente, reconhecer que isso é uma regra do direito brasileiro e decidir que em um caso no qual a *lei* admite (e impõe) a liberdade provisória o acusado deve ser preso".

O problema é que toda a lição de Dworkin sobre os casos difíceis e o direito como integridade possui uma constatação que não pode passar despercebida: o texto jurídico é um aspecto relevante para definir o direito daqueles em juízo, pois, em um contexto democrático, há pelo menos um "forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou"[53]. Ora, se há esse forte direito, o legislativo – para bem ou para mal – não optou, em momento algum, pela prisão após decisão do o órgão judicial de segunda instância ou esgotamento da via ordinária.

Isto é, mesmo relativizado pela jurisdição constitucional ou necessidades interpretativas "a legislação continua a exercer influência sobre a questão de quais direitos as pessoas têm (...) mesmo quando direitos morais de fundo também exerçam uma influência"[54], e os termos canônicos da lei têm a tarefa de limitar linguisticamente a interpretação[55]. Ora, os limites semânticos, no caso apresentado, foram frontalmente violados[56]. Essa foi a exposição do que seria uma "resposta correta sem maiores esforços", ou seja, um "caso fácil"[57].

---

53. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, *cit*., p. 16.

54. *Ibidem*, p. 17.

55. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *cit*., p. 109-110.

56. De fato, o STF – inusitadamente – não transitou por essa linha de raciocínio, sendo lançados outros argumentos, analisados a seguir. A única exceção é o voto vencido na decisão, do Ministro Celso de Mello, o qual, no HC 126.292/SP, ingressou brevemente na exigência do trânsito em julgado pelo artigo 105, da LEP, para referir que tanto razões de índole legal quanto constitucional exigiriam o trânsito em julgado como condição à execução da pena (p. 95), sem estender-se além desse breve comentário. O Ministro Gilmar Mendes também menciona, no mesmo julgado, o âmbito de conformação deixado ao legislador para definir a questão em pauta e cita a opção legislativa exarada na Lei da Ficha Limpa e à possibilidade de afetação progressiva da presunção de inocência no curso do processo penal (p. 66-68). Não obstante, também dribla, indiretamente, a questão do trânsito em julgado prevista na legislação aludindo a argumentos pragmáticos e à necessidade de conformação decorrente do caráter principiológico da não culpabilidade (p. 71-72).

57. A diferenciação entre caso fácil e difícil, aqui, não diz respeito à assunção de que há rigidamente casos fáceis e casos difíceis, sendo entendida apenas como aparato teórico e didático, levantado por Dworkin no debate com Hart sobre circunstâncias em que a decisão judicial não encontra base direta nas regras do ordenamento jurídico,

Ressalte-se que o Min. Barroso faz alusão à teoria de Dworkin para falar sobre regras e princípios, bem como à teoria de Robert Alexy a fim de auxiliar a diferenciar as espécies normativas e explicitar ponderação e proporcionalidade, aplicáveis aos casos de colisão entre princípios[58] (p. 37-39). No entanto, dever-se-ia observar mais da obra do(s) autor(es) do que apenas a diferença entre regras e princípios, como, em Dworkin, a integridade do direito e o dever de aplicar a lei – ou o direito da comunidade, e não do intérprete[59].

Veja-se, no HC 126.292/SP, a leitura do Ministro Barroso quanto ao inciso LXVI é invertida ao dizer que ele "admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória)" (p. 36). Como se a prisão fosse a regra e a liberdade a exceção a ser conferida por lei. No contexto de uma Constituição que representa a redemocratização pós-ditatorial, e que preza por um amplo rol de direitos em face do Estado, é forçosa a interpretação de que a exceção legal seria a liberdade[60].

---

conforme explica Streck. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 62. Falar em casos fáceis e difíceis não significa a fragmentação dos fenômenos jurídicos, mas apenas uma exposição conceitual. Dworkin afirma que os casos fáceis são apenas casos especiais dos difíceis, vistos pela integridade do direito como situações em que não se necessitam perguntas ou contraposições interpretativas, pois já se conhece a resposta. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, *cit*., p. 265-266.

58. Irradia, aqui, a crítica à inadequada recepção da teoria de Robert Alexy pelo STF, em especial no que tange à corriqueira alusão à proporcionalidade – e os recorrentes sopesamentos e ponderações – na jurisprudência do Tribunal, não enfrentando adequadamente os reclames teóricos e metodológicos para seu emprego. Novamente, dá-se uma invocação da proporcionalidade de forma *sui generis*, como aparato retórico, desvinculado de critérios intersubjetivos idôneos a justificar a decisão. Cf. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*, *cit*., p. 243-253 e *passim*.

59. Reflete-se, com isso, a má recepção brasileira do pensamento de Dworkin, que comumente deixa irromper a diferenciação entre regras e princípios, mas limita-se a isso, não associando ao conceito de direito por ele lançado mediante a vinculação do direito com a integridade. Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 97.

60. Por mais que o escrito do inciso LXVI seja "quando a *lei admitir a liberdade* provisória", não se pode dizer que a liberdade é um "benefício processual". Prova disso é que a lei fixou apenas as hipóteses em que é cabível a prisão, logo, a *contrario sensu*, a Lei admite – e, como se viu, exige – a liberdade provisória em todos os demais casos. Doutrinariamente, na clássica lição de José Afonso da Silva, pode-se classificar o artigo 5º, LXVI, como norma de eficácia contida. Aplica-se direta e imediatamente, para que nenhuma pessoa seja levada à prisão no curso do processo, mas permite restrição

E não há maneira melhor de demonstrar isso do que diferenciar as disposições do artigo 5º, LVII, LXI e LXVI, da CRFB/88 das previsões contidas na Constituição de 1967 e repetidas na Emenda n. 01 de 1969, em plena ditadura militar. Nas duas últimas, respectivamente no artigo 150, § 12, e artigo 153, § 12, a previsão é que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente". Note-se a diferença: no contexto democrático, além da ordem fundamentada exigiu-se a previsão em lei das hipóteses de prisão, estabelecendo-se, ainda, a orientação quanto à presunção da inocência. Ignorar essa ruptura é não levar a Constituição – e a democracia – a sério.

Enfim, talvez a crítica aqui proposta se sumarize na fala de Streck: cumprir a letra da lei representa sim um avanço no contexto democrático. Aplicar a letra da lei não precisa ser tachado – pejorativamente e muitas vezes sem o devido respeito às considerações teóricas – como "atitude positivista": a legalidade, hoje, é constituída sob o viés constitucional, e estruturada no histórico institucional do direito[61]. O Judiciário tem um dever de fidelidade (*duty of fidelity*) à lei e às fontes do direito, mesmo quando não representa o que o julgador pensa ser moralmente adequado. E não se pode defender que ora se aplique a lei, ora se ignore, apenas com base na concordância ou não do resultado – o argumento judicial não é um compêndio individualista de doutrinas e precedentes, mas uma construção pela qual o jurista assume responsabilidade[62].

Com efeito, o aporte teórico de Dworkin revelou-se idôneo a salientar a incongruência da decisão tomada pelo STF, pendente ao ativismo. Moralmente, pode-se discutir o que seria "melhor" ou "mais adequado" diante do caso, à luz dessas questões. Contudo, juridicamente, a matéria requer o simples cumprimento da lei e da Constituição. Não se exige nada mais que isso em respeito à integridade do direito.

5. Considerações finais

Com a discussão conforme aqui proposta, interpreta-se a decisão do STF como uma ação pragmática que se voltou a "fazer justiça", seja perante anseios

a esse direito pela via legislativa ordinária, a qual estabelece hipóteses de prisão. Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82-83.

61. STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*, *cit*., p. 161-163.

62. WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*. Londres, v. 7, n. 1, p. 2-24, p. 16-19. 2009.

sociais, seja perante aquilo que cada ministro entende como moralmente adequado. Certo é que a decisão do Tribunal se utilizou de aparatos argumentativos para vulgarizar a interpretação e os princípios constitucionais, sobrepondo-se à lei e à Constituição. Com isso, é possível confirmar a hipótese preliminarmente anunciada neste estudo.

Nesse sentido, a teoria de Dworkin amparou a elucidação da problemática de decisões dessa natureza. A noção de direito como integridade, a aversão à discricionariedade judicial, o apoio histórico-institucional reclamado aos princípios, e o reclame (dever) moral e democrático de aplicar a lei ajudam a desmistificar a prática jurídica brasileira. Na decisão do STF, mostram-se presentes uma série de argumentos que, sob esse referencial teórico, não se adaptam ao contexto de constitucionalismo democrático, nem aos próprios julgados passados da Corte sobre a matéria e em outras correlatas.

A resposta correta, perante as normas legais e constitucionais vigentes, não se coaduna com o entendimento adotado pelo STF. O ordenamento jurídico brasileiro adotou a opção política e moral de se condicionar a prisão ao trânsito em julgado e às hipóteses de prisão preventiva previstas em lei. Não é tarefa do Judiciário, portanto, superar a decisão legislativa, que em momento algum se mostra eivada de inconstitucionalidade. Apenas tendo-se ciência de tudo isso é que se respeita a importante questão de princípio: *levar o direito a sério*.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso em: 19.08.2016.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm]. Acesso em: 24.08.2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm]. Acesso em: 24.08.2016.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm]. Acesso em: 19.08.2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 19.08.2016.

BRASIL. Habeas Corpus n. 68.726/DF. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 28.06.1991. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186]. Acesso em: 14.08.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078-7/MG. Paciente: Omar Coelho Victor. Impetrante: Omar Coelho Victor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05.09.2009. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531]. Acesso em: 02.08.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante. Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, 17.02.2016. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246]. Acesso em: 04.08.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 133.387/DF. Paciente: Benedito Augusto Domingos. Impetrante: Raul Livino Ventim de Azevedo e Outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Edson Fachin. Brasília, 14.06.2016. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309736774&tipoApp=.pdf]. Acesso em: 13.08.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC no HC 135.100/MG. Paciente: Leonardo Coutinho Rodrigues Cipriano. Impetrante: Maurício de Oliveira Campos Junior e Outro(a/s). Coator Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 01.07.2016. Disponível em:[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309868730&tipoApp=.pdf]. Acesso em: 08.08.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n. 135.752/PB. Paciente: José Vieira da Silva. Impetrante: Guilherme Almeida de Moura e Outro(a/s). Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Edson Fachin. Decisão da medida liminar pelo Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 27.07.2016. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310026215&tipoApp=.pdf]. Acesso em: 13.08.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 135.752/PB. Paciente: José Vieira da Silva. Impetrante: Guilherme Almeida de Moura e Outro(a/s). Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Edson Fachin. Brasília, 02.08.2016. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310064310&tipoApp=.pdf]. Acesso em: 13.08.2016.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*: the moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

HART, H.L.A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*. Londres, v. 7, n. 1, p. 2-24. 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- "Presunção de inocência" VI encontro AASP, de Antonio Cezar Peluso – *RBA* 1/231-245 (DTR\2016\19870);
- A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP), de René Ariel Dotti – *RBCCRim* 121/251-289 (DTR\2016\22001);
- Cumprimento de pena depois do julgamento de apelação, de Roberto Soares Garcia – *RBA* 3/75-85 (DTR\2016\24812);
- Mitos garantistas – Uma análise da legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais, de Carlos Eduardo Fernandes Neves Ribeiro – *RT* 899/386-430 (DTR\2010\384); e
- Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso, de Flávio Mirza – *RBCCrim* 122/115-134 (DTR\2016\22981).

O impacto social da organização militar da polícia

The social impact of the military organization of the police

Almir Valente Felitte

Graduado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogado.
almirfelitte@hotmail.com

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua

Pós-doutorado em Sociologia do Direito na Universidade da Picardia, Amiens, França. Doutorado em Política Social pela UnB. Mestrado em Linguística pela Unesp (SJRP – SP). Graduação em Direito, pela Unesp Franca SP. Professor Associado da FDRP USP, ministra disciplinas na área de Sociologia Geral e do Direito. Livre-Docente pela USP em Sociologia do Direito
marciorique@usp.br

Recebido em: 24.05.2016
Aprovado em: 12.07.2016
Última versão autores: 25.07.2016

Áreas do Direito: Penal; Militar; Direitos Humanos

Resumo: A segurança pública no País apresenta, atualmente, uma série de problemas que apontam para uma deficiência do Estado no combate à criminalidade e na manutenção da ordem pública. Não obstante a atuação estatal, o País sofre com altas taxas criminais e com a violência policial que, de modo geral, tem as classes sociais mais pobres e as minorias como suas maiores vítimas. O caráter militar das políticas desta área, principalmente no que tange à forma bélica, rígida e verticalmente hierarquizada de organização da polícia ostensiva, tem como consequência a ineficiência da instituição no exercício de suas atividades, a reiterada violação de direitos humanos, o choque entre policiais e a sociedade civil e a consagração da ideologia que transforma criminosos, ou mesmo cidadãos comuns, em inimigos da sociedade. Através de uma análise sociojurídica da instituição da Polícia Militar no

Abstract: Brazil's public security has, in these days, several problems that point to State's incapacity in fighting crime and in maintaining the public order. Despite the State action, the country suffers from high crime rates and police violence that generally have poorer social classes and minorities as their main victims. The military character of public security policies, especially regarding the warlike, straight and vertically hierarchical organization of the overt police, causes the institution's inefficiency in realizing its activities, a serial violation of human rights, the clash between police and civil society and the consecration of the ideology that turns criminals, or even ordinary citizens, in society enemies. Through social and legal analysis of the Military Police in Brazil with a criminological focus, it will be demonstrated the relationship between the military structure of Brazilian overt police,

Brasil, com enfoque criminológico, abordar-se-á a relação entre a estrutura militar da polícia ostensiva brasileira, o comportamento do policial militar perante a sociedade civil, a violência policial e as altas taxas criminais do País.[1]

Palavras-chave: Militarismo – Polícia Militar – Segurança Pública – Criminalidade – Direitos Humanos.

the military police agents behavior towards civil society, the police violence and the high crime rates in the country.

Keywords: Militarism – Military Police – Public Security – Criminality – Human Rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. A formação militar e o rompimento com a sociedade civil. 3. A estrutura hierárquica militar e suas implicações na sociedade civil. 4. Violações aos direitos humanos e preconceito. 5. Ideologia do inimigo. 6. Ineficácia no combate à criminalidade. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo aqui é demonstrar a relação entre as ações violentas e o uso de força desnecessária da Polícia Militar brasileira no exercício de suas funções com os traços característicos da estrutura e do treinamento militar da instituição, concluindo, por fim, pela ineficácia de tal metodologia na manutenção da ordem pública e na redução da criminalidade e do sentimento de insegurança da população.

Para tanto, a simples constatação da violência policial, em números, seria insuficiente, sendo necessário aprofundar-se na questão, analisando-se os traços típicos do militarismo que estruturam a instituição no país e as consequências de cada um deles em sua relação com a sociedade civil. Desse modo, deve-se contornar o que Celso Castro[2] chama de "tendência a se 'politizar' a instituição militar", devendo-se tratar a mesma como "um objeto legítimo de análise por si mesmo".

Nesse sentido, a análise da instituição deve envolver aspectos jurídicos, sociais, antropológicos e psicossociais que formam e que decorrem de seu caráter militar, tais como a rigidez regimental, a verticalização hierárquica e a primazia

1. Trabalho baseado em Tese de Conclusão de Curso defendida por Almir Valente Felitte, sob orientação do Professor Associado da FDRP-USP Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua, no ano de 2014, sob o título "Desmilitarização da polícia: uma reforma da segurança pública para a adequação da função policial na sociedade".
2. CASTRO, C. *O Espírito Militar*: um antropólogo na caserna. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2004.

da obediência em detrimento do debate. Além disso, para a fundamentada crítica ao aspecto policialesco e militar que caracteriza o sistema de segurança pública brasileiro, importante que se proceda a um estudo criminológico e social das causas da criminalidade.

Por isso, este trabalho visa analisar quais são as implicações práticas da adoção de uma ideologia e uma estrutura tipicamente militares, por parte da polícia ostensiva brasileira, na relação entre os policiais militares e a sociedade civil, bem como quais suas consequências no exercício da função policial, deixando-se de lado, por ora, seu papel histórico como ator político na sociedade brasileira.

2. A formação militar e o rompimento com a sociedade civil

Para o adequado estudo dos impactos do militarismo na polícia, é imperiosa a análise da formação profissional do militar, em especial dos oficiais, ou seja, daqueles que ocupam os cargos mais altos na rígida estrutura hierárquica da instituição policial.

Em cada estado brasileiro, bem como no Distrito Federal, há uma Academia de Polícia que oferece os Cursos de Formação de Oficiais, considerados, em sua maioria, cursos de graduação de nível superior. Nestes, o aluno ingressante ganha a alcunha de cadete e é submetido a um ensino multidisciplinar que pode variar de acordo com cada estado. É nesse momento de formação, também, que os valores e a ideologia militar são repassados ao então cadete que, se bem sucedido, passará a compor o quadro de oficiais da polícia militar.

Para que se proceda à análise dessa formação educacional, deve-se, primeiro, ressaltar que a Constituição Federal[3], em seu artigo 214, prevê a elaboração de um plano nacional de educação a ser criado por lei. Nesse sentido, através da Lei 9.394/96, instituiu-se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)[4], a qual regula que é incumbência do Estado elaborar e executar políticas e planos educacionais, sempre em consonância com diretrizes e planos nacionais de educação. Apesar disso, o artigo 83 dessa mesma Lei determina que o ensino militar deve ser regulado em lei específica, o que possibilita diversas peculiaridades na formação dos policiais militares.

3. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 26.07.2016.

4. BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm]. Acesso em: 26.07.2016.

Assim, a Lei Complementar 1.036/08[5], por exemplo, institui o Sistema de Ensino da Polícia Militar do Estado de São Paulo, regulando que a definição e a condução da política de ensino é competência do Comando Geral da Polícia Militar paulista, que a exerce através da Diretriz Geral de Ensino – D-5-PM (2010). O mesmo ocorre no estado gaúcho, no qual, segundo a Lei 12.349/05[6], incumbe ao Comando Geral e Estado Maior da Brigada Militar o estabelecimento da política, da filosofia e das estratégias de ensino para a instituição. A subordinação do ensino nas Academias Militares aos respectivos Comandos Gerais se estende pelo restante do país, reforçando o aspecto militarista e o distanciamento em relação à sociedade civil na formação dos novos oficiais das instituições policiais.

O primeiro traço característico e comum à ideologia de ensino destas Academias militares, ainda que não exclusivo deste modelo de educação, é o regime de internato. O mesmo é definido pela Diretriz Geral de Ensino – D-5-PM[7], da Polícia Militar de São Paulo, em seu artigo 121, inciso I, como um "regime de curso caracterizado pela permanência diuturna do discente nas dependências do OAES, com limitação de saídas somente a título de licenças, mediante concessão do seu Cmt, na forma preconizada no respectivo Regimento Interno".

Desse modo, mantido na caserna[8] desde o início de sua formação, isola-se o aspirante a oficial do restante da sociedade civil, no plano físico, simbolizando o rompimento do mesmo com antigos valores que constituíam uma identidade puramente civil, abrindo-se o caminho para a construção de uma nova identidade militarizada.

Nesse sentido, Celso Castro[9] analisa que a intensidade do processo de socialização profissional militar, combinada ao relativo isolamento em que ele ocorre, faz com que a profissão militar represente um caso-limite sociológico.

5. SÃO PAULO. Lei Complementar 1.036, de 11 de janeiro de 2008. Disponível em: [www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2008/lei.complementar-1036-11.01.2008.html]. Acesso em: 26.07.2016.
6. RIO GRANDE DO SUL. Lei 12.349, de 26 de outubro de 2005. Disponível em: [www.brigadamilitar.rs.gov.br/Site/Estrutura/Apm/ensino/lei_ensino.doc]. Acesso em: 26.07.2016.
7. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. Diretriz Geral de Ensino. Disponível em: [www.policiamilitar.sp.gov.br/caes/downloads/DGE.pdf]. Acesso em: 26.07.2016.
8. "Habitação de soldados, dentro do quartel ou de uma praça fortificada." (FERREIRA, A. B. H. *Minidicionário da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993).
9. CASTRO, C. *Op. cit.*, p. 34.

Desse modo, contribui-se para uma grande coesão ou homogeneidade interna, formando-se o chamado "espírito de corpo", ao preço de um distanciamento entre os militares e o mundo civil.

Utilizando-se de conceitos elaborados por Dornsbuch, Vidich e Stein, o autor ainda conclui: "Para Dornsbuch, as academias militares constituem-se no 'exemplo extremo' de uma 'instituição assimiladora' (*assimilating institution*): 'Ela isola os cadetes do mundo de fora, ajuda-os a se identificar com um novo papel, e, assim, muda sua autoconcepção'. Vidich e Stein veem o processo de tornar-se um soldado como uma 'dissolução' da identidade civil anterior e a aquisição de uma nova identidade militar"[10].

Assim, ainda que contribua para a coesão interna das instituições militares, a formação destes profissionais em isolamento acarreta no distanciamento entre o mundo militar e o civil, trazendo consequências negativas para a futura relação entre policiais militares e o restante da sociedade.

Isso porque, ao entrar em contato com o dito "mundo civil", o militar recém-formado sofre com um fenômeno chamado de "desmapeamento". Sérvulo Figueira define tal fenômeno não como a "perda ou simples ausência de 'mapas' para orientação, mas sim a existência de mapas diferentes e contraditórios inscritos em níveis diferentes e relativamente dissociados dentro do sujeito"[11].

Ou seja, nesse contexto, o militar encontra uma descontinuidade ao entrar em contato com a sociedade civil, pois esta apresenta características diferentes e, muitas vezes, conflitantes com os valores e as tradições militaristas aos quais estava acostumado a conviver nas Academias. Assim, ao passar de um círculo social "mapeado", no qual os conceitos de "certo" e "errado" eram claramente discernidos, para outro no qual há uma pluralidade de conceitos e identidades que, por vezes, podem ser contraditórios, gera-se um conflito entre o militar e o mundo civil no qual ele agora está inserido[12].

O distanciamento entre o militar e o restante da sociedade, bem como o fenômeno de desmapeamento, aliados à rigidez hierárquica típica do militarismo implica em ainda mais conflitos entre estes dois mundos distintos, conforme se demonstrará a seguir.

10. *Ibidem*, p. 35.
11. FIGUEIRA, S. A. *Nova Família? O moderno e o arcaico na família de classe média brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1986.
12. CASTRO, C. *Op. cit*.

3. A estrutura hierárquica militar e suas implicações na sociedade civil

A estrutura fortemente hierarquizada dessa sociedade militar "mapeada" é uma de suas características mais marcantes, bem como um dos grandes motivos do conflito entre o militar e o mundo civil. Pode-se dizer que tal característica está presente durante toda a vida do militar, esteja ele em plena atividade ou momentaneamente fora de serviço.

Inicialmente, importante frisar que o caráter fundamental da hierarquia do corpo de oficiais militares é o de fracionamento de um grupo de pares. Isso quer dizer que, ainda que em posições diferentes, todos seus membros são oficiais e compartilham do espírito militar. Por isso, tal hierarquia pode ser classificada como "quantitativa", vez que possibilita a ascensão para todos seus membros, a partir de uma igualdade inicial de condições, considerando que o alto escalão da instituição tenha passado pelo mesmo processo de formação dos oficiais em posições inferiores.

Tal conceito se opõe ao modelo "qualitativo", no qual não há possibilidade de ascensão nem uma situação inicial de igualdade de condições. Por tais características, o aspecto quantitativo na hierarquia militar demonstra que, apesar de os oficiais serem aqueles que pressionam e punem os cadetes em seu processo de formação, eles constituem, também, um modelo do que os cadetes pretendem se tornar[13].

Esta lógica hierárquica militar é repassada aos aspirantes ao oficialato desde o início de sua formação. Na Diretriz Geral de Ensino da Polícia Militar de São Paulo[14], por exemplo, no artigo que define os fundamentos da política de ensino, seu § 3º determina que "a disciplina, a hierarquia, e a divulgação dos valores éticos e deontológicos devem ser revigorados nos cursos, estágios e nos treinamentos". Nesse mesmo sentido, o Regulamento da Academia da PM paulista, aprovado pelo Decreto Estadual 52.575/70[15], regula que "o corpo discente fica sujeito ao regime disciplinar da Corporação e ao regime disciplinar escolar estabelecido no R.I.A.P.M".

13. *Idem*.

14. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. Diretriz Geral de Ensino. Disponível em: [www.policiamilitar.sp.gov.br/caes/downloads/DGE.pdf]. Acesso em: 26.07.2016.

15. SÃO PAULO. Decreto 52.575, de 11 de dezembro de 1970. Disponível em: [www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1970/decreto-52575-11.12.1970.html]. Acesso em: 26.07.2016.

Assim, a formação dos oficiais militares segue a mesma rigidez dos regimes disciplinares a que estão submetidos os oficiais já formados, incluindo sanções aplicadas aos casos de faltas caracterizadas por indisciplina ou insubordinação.

Wright Mills[16] considera a rigidez dessa formação uma tentativa de romper os laços que o então aspirante a militar tem com a sociedade civil, viabilizando a implantação de uma nova estrutura de caráter neste indivíduo. Para o autor, esse rompimento possibilita um processo que ele chama de "domesticação" do recruta, sendo atribuída a ele uma posição de inferioridade no mundo militar ao qual ele acaba de ser inserido. Neste contexto, isolado da antiga vida civil, o recruta não só passa a associar mais facilmente a realidade e a perspectiva militares, como, também, projeta uma trajetória de sucesso dentro de sua hierarquia. Assim, dentro desta nova concepção de sucesso, Mills afirma que até mesmo o amor-próprio do recruta passa a ser dependente do reconhecimento que ele recebe de seus pares e, principalmente, de seus superiores. Ele aponta, ainda, para certa glamorização do mundo militar, que é apresentado ao recruta como "um dos mais altos círculos nacionais".

Dessa forma, o isolamento da sociedade civil facilita a inserção do recruta nessa nova sociedade, altamente hierarquizada e norteada por valores novos e, muitas vezes, contraditórios com sua vida antiga. Este aspecto, para Mills, traz como consequência negativa um embate entre estes dois mundos distintos. Isso por que, através da ótica civil, os militares são definidos como "peritos na organização e utilização da violência" e o militarismo como um meio para a realização de políticas públicas de finalidades civis. Esta definição, por outro lado, denota a tendência que têm os militares de deixarem de ser apenas meios, para buscarem suas próprias finalidades.

Essa pretensão de prestígio não constitui uma ameaça de domínio militar em si, podendo ser, inclusive, uma forma de compensação pela renúncia ao poder político, se limitada à própria hierarquia militar. Nesse contexto, aliás, ela é característica importante da disciplina militar e, até mesmo, fonte de satisfação para os que seguem tal carreira. Quando exercida fora desse limite, porém, Mills assevera que tal pretensão se torna uma ameaça e um indício do crescente poder da elite militar, constituindo-se na base de sua política. Assim, o autor conclui que "a chave para a compreensão da posição de prestígio é o poder. Os militares não podem prever uma situação de relevo entre os civis, se não tiverem, ou pelo menos não aparentarem ter, poder" [17].

16. MILLS, W. *A Elite do Poder*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

17. MILLS, W. *Op. cit.*, p. 269-270.

O risco ao qual o autor aqui se refere seria o do contexto hierárquico ultrapassar os limites da estrutura militar, repassando este conceito ao resto da sociedade, tal qual houvesse uma hierarquia, também, entre as sociedades civil e militar. Assim, as instituições militaristas seriam mais que meios para a construção de uma finalidade pública, passando a ter papel decisório na política de um Estado. Este é um processo que ocorreu com muita força na América do Sul, a partir da segunda metade do século XX, e impulsionou as ditaduras militares que controlaram países como Brasil, Argentina, Chile e Uruguai nesse período.

Apesar da redemocratização, no Brasil, este processo ainda é facilmente percebido nas instituições estatais, conforme demonstrado anteriormente. Maior prova de sua ocorrência é a incumbência de parte da Segurança Pública, qual seja o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, a um órgão de caráter militar. Aliás, analisando-se o quadro nacional, pode-se perceber que o distanciamento e a rígida hierarquia, típicas do militarismo, têm como consequência diversos atritos entre policiais militares e a sociedade civil.

Isso porque a ideologia militar afeta não só o comportamento do indivíduo dentro da própria instituição, mas, também, o modo como ele se relaciona com outras instituições e a população de um modo geral. É o que ensina Mills, ao analisar que, no mundo militar, "debate e persuasão não são premiados: obedece-se ou ordena-se, e os assuntos, mesmo sem importância, não devem ser resolvidos pelo voto. A vida no mundo militar, portanto, influencia o espírito na apreciação de outras instituições, bem como da sua" [18].

Ao passar por um processo de reformulação de seu caráter em um contexto de isolamento, o policial militar sofre com o supracitado processo de "desmapeamento" ao ser reinserido na sociedade civil, agora como profissional. Por conta desse processo, o policial militar acaba reproduzindo conceitos tidos como corretos e naturais dentro de sua instituição em uma sociedade que não está subordinada a esses valores.

Nesse sentido, conforme afirma Túlio Vianna[19], "o policial aprende que o valor máximo não é o respeito aos direitos, à lei, e sim a hierarquia, a obediência". O professor aponta, ainda, para a violência presente no treinamento dos policiais, atentando para a prática de rituais típicos do militarismo que retiram

18. *Ibidem*, p. 286-287.

19. ROUSSELET, F. Túlio Vianna. A militarização não é boa para o policial e é péssima para o cidadão. *Revista Fórum*, 2 jul. 2013. Disponível em: [www.revistaforum.com.br/blog/2013/07/tulio-vianna-a-militarizacao-da-policia-nao-traz-beneficio-nenhum-nao-e-boa-para-o-policial-e-pessima-para-o-cidadao]. Acesso em: 05.06.2014.

a individualidade de quem a ele se submete através da humilhação. O policial que sofre esta violência simbólica por parte de seus superiores, então, acaba por reproduzir essas mesmas violências contra a sociedade civil, a qual, agora, seguindo sua lógica hierárquica, está a ele subordinada. Abaixo do civil, dentro desse conceito construído pelo miliciano, somente mesmo os "bandidos", os "subversivos" e os "manifestantes", vistos, em sua visão maniqueísta, como inimigos.

Assim, o perigo preconizado por Mills, concernente à extrapolação dos valores militares para a sociedade civil, resultando em um crescimento do poder militar sobre esta, pode ser claramente constatado nas políticas de segurança pública do país, através das quais os responsáveis pela preservação da ordem pública atuam como se estivessem em posição hierárquica superior à sociedade civil. Tal comportamento é evidenciado não só nos números da violência policial na repressão ao crime, já demonstrados anteriormente, como também nas recentes atuações repressivas por parte da polícia militar contra as manifestações de movimentos sociais.

4. Violações aos direitos humanos e preconceito

O isolacionismo, a rigidez hierárquica e a pretensa superioridade em relação ao restante da sociedade civil, traços já elencados como característicos do militarismo, criam um ambiente propício a comportamentos preconceituosos, muitas vezes pautados em questões classicistas e raciais, e a práticas que, por vezes, violam os Direitos Humanos.

Parte desses traços comportamentais negativos se deve, ainda, à carência do ensino referente aos Direitos Humanos na formação dos policiais militares. No Curso de Formação de Oficiais da Academia do Barro Branco, em São Paulo, por exemplo, a disciplina somente surgiu em 1994, denominada Direito Internacional Humanitário, passando a ser chamada de Direitos Humanos a partir de 2000. Nesse período, porém, a disciplina pouco evoluiu na Academia, já que em 1994 ela ocupava 1,01% da carga horária total do curso, enquanto em 2013 ela ocupou somente 1,47% da mesma.

Porém, ainda que a Academia do Barro Branco demonstre uma enorme carência curricular no que se refere à matéria de Direitos Humanos, ela ocupa posição de destaque se comparada a outras Academias do país. A disciplina integra parcelas ainda menores do currículo dos cursos de formação de oficiais de outros estados, como Santa Catarina (1,07%) e Paraná (0,68%).

Diante de tal quadro, não é surpresa o resultado de uma pesquisa realizada em 2000 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) com integrantes

da PM mineira que, ao afirmar que "os direitos humanos atrapalham e dificultam o trabalho de controle do crime no Brasil", obteve a concordância de 47% dos oficiais e de 68% dos praças entrevistados. Quanto à afirmação de que "o policial militar, hoje, encontra-se impossibilitado de realizar bem seu trabalho, já que existem muitas leis que garantem direitos aos criminosos", 42% dos oficiais e aproximadamente 70% dos praças concordaram com a mesma[20].

Acerca do tema, ao encontro do exposto pela pesquisa, Benevides[21] explica que há uma manipulação voluntária, por parte das elites, sobre a opinião pública, no sentido de que os Direitos Humanos estariam relacionados à "bandidagem" ou à "criminalidade". Tal manipulação é motivada pela grande desigualdade social característica da sociedade brasileira, já que o estigma criado sobre os Direitos Humanos seria uma forma de criminalizar as classes mais pobres, associando-as à criminalidade e ao banditismo. Desse modo, circunscreve-se a violência apenas aos marginalizados, o que justifica o rigor da polícia com os mesmos.

No contexto da formação policial, o pequeno espaço ocupado pela disciplina de Direitos Humanos tem como consequência uma série de deficiências no conteúdo da matéria ministrada. Conforme aponta Adilson Paes de Souza[22], no Curso de Formação de Oficiais em São Paulo, por exemplo, na disciplina de Direitos Humanos, quanto aos documentos internacionais, há referência expressa somente ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais. Documentos como a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, a Declaração e o Programa de Ação de Viena ou, ainda, uma série de outros tratados e convenções internacionais que versam sobre os direitos das minorias e a coibição da tortura, não são mencionados no curso.

A ausência de menção a tais documentos internacionais denota uma carência na grade curricular no que tange os Direitos Humanos, principalmente no concernente à relação da polícia com as minorias e à prática da tortura. Esta insuficiência, acompanhada da rigidez na formação militar, pautada no isolamento e na estrutura hierárquica, tem como consequência um crescente preconceito dentro da instituição da polícia militar, bem como uma série de ca-

20. LINS, B. J. R. L. Breves reflexões sobre segurança pública e permanências autoritárias na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Brasileira*, v. 1, jul. 2011. p. 173.

21. BENEVIDES, M. V. M. Cidadania e Direitos Humanos. *In*: CARVALHO, José Sérgio. (Org.). *Educação, Cidadania e Direitos Humanos*. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 43-65.

22. SOUZA, A. P. *O Guardião da Cidade*: reflexões sobre casos de violência praticados por policiais militares. São Paulo: Escrituras Editora, 2013.

sos de violações dos Direitos Humanos e uso excessivo de força contra grupos considerados minorias na sociedade.

Sobre a rigidez da formação militar e sua relação com as práticas abusivas de policiais, interessante analisar o conceito elaborado por Adorno. Para o autor, a ideia de que a virilidade consiste na máxima capacidade de suportar dor converteu-se em fachada de um masoquismo que se identifica facilmente com o sadismo. Assim, uma educação cujo objetivo seja "ser duro" significa indiferença contra a dor em geral, pouco se diferenciando a dor do outro e a de si próprio. Ou seja, "quem é severo consigo mesmo, adquire o direito de ser severo também com os outros, vingando-se da dor cujas manifestações precisou ocultar e reprimir." Diante de tal análise, o autor conclui que é necessário "a promoção de uma educação que não premie a dor e a capacidade de suportá-la"[23].

Quando analisadas as ações policiais no combate ao crime, é possível perceber as práticas abusivas e violentas dos agentes da instituição como consequência da rígida formação militar. Isso porque, conforme ensina Candido, a polícia é um agente que viola a personalidade, tomando do homem seus recursos de equilíbrio através da brutalidade profissional, utilizando-se do medo, que para ele é um "ingrediente de alta eficácia" para a realização das atividades policiais. Desse modo, a força da polícia "consiste em opor o 'outro' ao 'eu', até que seja absorvido por aquele, e, deste modo, esteja pronto para o que se espera dele: colaboração, submissão, omissão, silêncio"[24].

Nesse sentido, a tortura praticada pelo policial militar não seria somente fruto do sadismo, mas também de uma política estatal de repressão aos dissidentes que se utiliza da brutalidade física e psicológica para conseguir informações ou confissões forçadas. Causando o sentimento de que o torturador tem o absoluto controle, a resistência da vítima é minada, o que lhe causa a confusão mental e o desespero, levando-a, até mesmo, a assumir atitudes que não fez[25]. Importante ressaltar que o conceito de "dissidentes", porém, é pautado em critérios altamente subjetivos e de caráter extremamente preconceituoso, levando-se em conta, muitas vezes, aspectos do indivíduo que dizem respeito à cor da sua pele ou sua classe social.

23. ADORNO, T. Educação após Auschwitz. Disponível em: [http://adorno.planetaclix.pt/tadorno10.htm]. Acesso em: 02.08.2014.

24. CANDIDO, A. A Verdade da Repressão. *Revista USP*, n. 9, 1991. Disponível em: [http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25544]. Acesso em: 01.08.2014. p. 28.

25. SOUZA, A. P. *Op. cit*.

Esse conceito resta claro através da análise de um estudo realizado pelo Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC) da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar)[26]. Tal estudo, em parceria com a Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo, coletou dados sobre mortes provocadas por policiais militares entre 2009 e 2011, totalizando 734 casos envolvendo 939 vítimas, trazendo um enfoque na idade e na cor/etnia destas.

Este estudo concluiu que, do total de vítimas da letalidade policial no Estado de São Paulo, 61% eram negras, enquanto 39% eram brancas. Através destes dados, tomando como base o ano de 2011, o relatório concluiu, ainda, que a letalidade policial é maior sobre a população negra, já que as taxas de mortos por 100 mil habitantes, dentro de cada grupo de cor/raça, é de 1,4 entre os negros e de 0,5 entre os brancos.

Estes números, porém, não se justificam apenas pela insuficiência da disciplina de Direitos Humanos na formação dos militares. É necessária, ainda, uma análise que demonstre o militarismo como uma ideologia que acolhe tais preconceitos e cria ambientes férteis para o crescimento destes, não podendo ser considerados, desse modo, os atos violentos motivados por preconceitos como casos isolados ou de cunho individual.

Tal procedimento equivocado, aliás, é comumente praticado nas polícias militares, conforme aponta Paes de Souza[27]. O autor afirma ser corriqueiro, toda vez que um policial militar apresenta um comportamento de elevada reprovação social, o Comando da Corporação alegar que se trata de um fato isolado que diz respeito exclusivamente à pessoa do policial envolvido. O equívoco consiste no fato de que o preconceito é um fenômeno individual e social, não devendo ser atribuída somente ao indivíduo a responsabilidade pela prática de determinado ato, vez que a análise do ambiente em que o mesmo convive e dos valores professados pelo grupo a que pertence ficaria excluída.

Nessa mesma linha, Bobbio[28] define o preconceito como uma opinião ou, até mesmo, uma doutrina completa, acolhida de forma acrítica e passiva através da tradição, do costume ou de uma autoridade de quem são aceitas ordens

26. SINHORETTO, J. *et. al. Desigualdade Racial e Segurança Pública em São Paulo*: letalidade policial e prisões em flagrante. Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos da UFSCar. Disponível em: [www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/A1rio-Executivo_Desigualdade-racial-e-seguran%C3%A7a-p%C3%BAblica-em-SP.pdf]. Acesso em: 01.08.2014.

27. SOUZA, A. P. *Op. cit.*, p. 120.

28. BOBBIO, N. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora Unesp, 2002. p. 103.

sem discussão. Esta aceitação se dá por inércia, respeito ou temor, resistindo a qualquer refutação racional feita com base em argumentos racionais.

Portanto, o preconceito é um fenômeno que extrapola a esfera individual, tem raízes sociais e está intimamente relacionado ao ambiente que cerca cada indivíduo. Diante disso, o que se intenta demonstrar aqui é a relação entre o preconceito e o militarismo, evitando-se a individualização de tal comportamento, caracterizando-o como um traço desta ideologia. Além disso, importante ressaltar que o preconceito deve ser analisado, principalmente, a partir da figura de quem o pratica ativamente, e não de quem o sofre passivamente.

Nesse sentido, Crochik[29] faz uma interessante análise sobre o tema. O autor afirma que a tendência que o indivíduo preconceituoso tem de desenvolver preconceitos em relação a diversos objetos indica que sua forma de atuação independe das características dos objetos alvos, pois estes são distintos entre si. Desse modo, "o preconceito diz mais respeito às necessidades do preconceituoso do que às características de seus objetos, pois cada um deles é imaginariamente dotado de aspectos distintos daquilo que eles são".

Ao tomar a instituição da Polícia Militar como o sujeito ativo no que tange ao preconceito, devem-se levar em conta seus aspectos para que se determine tal comportamento como traço característico da corporação. Nesse sentido, o ambiente de formação do militar na forma em que se apresenta constitui-se em um terreno fértil para o crescimento de ideias fundadas em preconceitos.

Isso porque tal ambiente isola o indivíduo do restante da sociedade civil para que este rompa os laços com seus antigos valores, facilitando, dessa maneira, uma nova educação do indivíduo baseada em novos valores, puramente militares e, muitas vezes, conflitantes com os civis. Este ambiente isolado, porém, tem como característica a rigidez hierárquica e a ação vinculada a um comando externo, o que retira de seus integrantes a capacidade e a possibilidade de experimentar e refletir sobre si mesmo e sobre os outros nas relações sociais. Para Crochik[30], é essa impossibilidade que leva o indivíduo a desenvolver preconceitos.

Paes de Souza[31] contextualiza este conceito, aduzindo que, numa instituição fechada como a Polícia Militar, na qual existem regras rígidas que visam o controle de todos seus integrantes, a manifestação do pensamento crítico e de questionamentos é inibida, fazendo com que seus membros percam sua auto-

29. CROCHIK, J. L. *Preconceito, Indivíduo e Cultura*. 3. ed. São Paulo: Editora Casa do Psicólogo, 2006.

30. *Idem*.

31. SOUZA, A. P. *Op. cit.*, p. 126.

nomia. Assim, em uma organização em que as ações de seus integrantes estão condicionadas a um comando externo que os reprime, o resultado é a "constituição de indivíduos frágeis com uma insegurança constante, que suscita o preconceito para afirmar uma identidade que não possui".

Analisando o que o autor chama de componente cognitivo do preconceito, referente ao estereótipo, tem-se que este se associa ao estabelecimento de "soluções padrão" e ao "mecanismo de rotulamento", através do qual "se atribui um rótulo às pessoas" que será sempre utilizado, independente da individualidade de cada situação. Esta prática é muito comum na Polícia Militar, que frequentemente rotula pessoas como suspeitas baseadas em conceitos de classe social, região em que habita ou cor de pele.

O uso de estereótipos pelos policias militares evita o questionamento das condições sociais que contribuíram para um crime, pois o uso de dicotomias como "bom/mau", "certo/errado" e "saudável/ não saudável" exclui a análise crítica do que teria levado um indivíduo a praticar um delito. Assim, o preconceito enraizado na instituição serve como justificativa para o próprio policial militar e, muitas vezes, até mesmo para parte da população, para um ato violento e ilegal praticado por ele. A constatação e conceituação deste traço comportamental da Polícia Militar são de suma importância para a análise do traço militarista que será exposto a seguir.

5. Ideologia do inimigo

Elemento fundamental para a análise do militarismo é o que muitos autores chamam de "ideologia do inimigo". Este é, também, o principal alvo das críticas dos que se opõem a este modelo de segurança pública. Para melhor compreendê-la, entretanto, faz-se necessária uma análise histórica do surgimento da Polícia Militar no Brasil, criada durante o regime ditatorial instituído pelo Golpe de 1964. Mais precisamente, imperioso analisar o conteúdo do Decreto 667/1969[32], o qual determinou que as polícias militares passariam a compor forças auxiliares, reservas do Exército, dispositivo este que se mantém até hoje, mesmo após a redemocratização, conforme a atual Constituição.

O conteúdo semântico de tal dispositivo, conforme analisa Lins[33], evidencia que o aparelho policial repressivo da segurança pública se confunde com

32. BRASIL. Decreto-Lei 667, de 02 de julho de 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0667.htm]. Acesso em: 26.07.2016.

33. LINS, B. J. R. L. *Op. cit.*

a instituição que tem a guerra e o aniquilamento do inimigo externo como seus objetivos fundamentais. Desse modo, teria o constituinte possibilitado a continuidade autoritária de uma instituição repressiva que fora educada para o conflito bélico, ao invés de preparada para as vicissitudes dos conflitos sociais em um Estado Democrático de Direito.

Importante ressaltar, ainda, que a Polícia Militar foi criada em um período da história brasileira no qual vigorava a Doutrina de Segurança Nacional. Esquivel, ganhador do Nobel da Paz, afirma que tal doutrina atenta contra a essência do ser humano, além de ser responsável pela criação de um cenário de constantes violações aos Direitos Humanos. Isso porque ela submete a vida humana aos interesses de indivíduos que se auto-outorgaram o direito de governar, de modo que o povo, titular do poder por direito, acaba convertido em inimigo do poder então estabelecido[34].

Instrumento teórico do regime militar, a doutrina da segurança nacional fora elaborada, no Brasil, pela Escola Superior de Guerra, fundada em 1949 com a ajuda de uma missão militar americana. É o que ensina Nilo Batista[35], que aponta como um de seus conceitos o de "inimigo interno", o qual, "intensamente vivenciado pelos operadores policiais, militares e judiciários no âmbito dos delitos políticos, transbordará para o sistema penal em geral, e sobreviverá à própria guerra fria".

Nesse contexto, segundo Porto Pacheco[36], a polícia se transforma em instrumento político durante o regime militar, passando a agir no sentido de identificar e eliminar os "inimigos internos". Após a redemocratização, porém, manteve-se este "*ethos* profissional", alterando-se, apenas, o conceito de inimigo interno. Pacheco afirma que a polícia entende que seus atos violentos estão legitimados com fulcro em sua formação militarizada de caça e destruição do inimigo. Tal comportamento caracteriza um estado de exceção na prática policial, vez que a lei é aplicada através de investigações e da contenção de multidões, desaplicando-se através do uso de violência excessiva e da perda das garantias dos cidadãos.

Assim, a militarização da polícia é responsável por grande parte dos desvios dos integrantes da instituição. Apesar disso, a política bélica e militarista de

34. SOUZA, A. P. *Op. cit.*

35. BATISTA, N. Política Criminal com Derramamento de Sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 20, out. 1997. p. 129.

36. PACHECO, A. M. P. Notas sobre o controle externo na atividade policial: o porquê e por quem, ou, a análise da proposta de sua retirada das mãos do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 91, p. 61, jul. 2011.

combate a um inimigo interno perpetua-se como modelo de segurança pública no país. Ao contrário do contexto histórico no qual nasceu a Polícia Militar, porém, o conceito de inimigo interno expandiu-se, passando a focar mais em aspectos sociais e até mesmo étnicos do que em elementos ditos subversivos.

Apesar da transição do período ditatorial para a nova democracia, as violações aos Direitos Humanos não cessaram após o fim do regime militar. Para Mourão[37], ao contrário, as reformas neoliberais aumentaram o número de excluídos sociais, que logo se tornaram alvos da violência estatal. Isso porque ocorrera uma transição da política de segurança nacional para uma de segurança urbana, pautada numa pretensa guerra contra o crime, na qual o inimigo interno é agora definido através de critérios geográficos e sociais.

O autor considera, ainda, que a manutenção de políticas de segurança pública nos moldes repressivos da ditadura militar tem obtido apoio de um considerável segmento da sociedade para essas novas formas de violação de Direitos Humanos. Dessa maneira, constituem-se "territórios de exceção nos quais seus habitantes aumentam cada vez mais o contingente dos desprovidos de cidadania – os perigosos contemporâneos".

O combate a um suposto inimigo da sociedade, porém, é um traço que, apesar das raízes militaristas, ao longo da história, extrapolou as instituições militares, atingindo outras esferas públicas, em especial as que se ocupam do poder punitivo e da segurança pública, através da propagação dessa chamada "ideologia do inimigo". Tal ideologia consiste na concepção errônea de que uma parcela da população, ainda que legalmente reconhecida como cidadã, tenha o *status* de inimiga do restante da sociedade, sendo assim, dentro da lógica militar, necessária a eliminação desta para a manutenção da ordem pública.

A construção desta figura de um inimigo comum à sociedade pelo poder punitivo, ao longo da história, dentro do contexto ocidental, se deu através de diferentes conceitos, variando de acordo com os interesses das classes dominantes. À época da Revolução Industrial, por exemplo, era comum a criminalização e a consequente perseguição àqueles que se opunham a nova ordem trabalhista que se instalava. Já no século XX, com o crescimento do poder midiático e a plena vigência da doutrina de segurança nacional, ganha força a ideia da existência de um inimigo interno, propagandeando-se o chamado "perigo vermelho", destacando-se os setores influenciados pelos ideais socialistas como os novos inimigos da sociedade a serem batidos. Com a queda da União

37. MOURÃO, J. C. Só nos resta a escolha de Sofia? *Tortura*. Brasília: SEDH/Coordenação Geral de Combate à Tortura, 2010. p. 212-235. p. 215-216.

Soviética, porém, surge a ideia de que os inimigos da sociedade sejam, até os dias de hoje, em um contexto internacional, os terroristas, e, em um contexto nacional, este de suma importância para a análise feita neste trabalho, os traficantes de drogas e o crime organizado.

Ao analisar este contexto, Alvino Augusto de Sá[38] conclui que houve uma migração da doutrina de segurança nacional para uma de segurança social. Desse modo, as políticas de segurança nacional foram substituídas por políticas geradas em torno da segurança urbana, bem como a figura do inimigo interno "terrorista" fora substituída pelo inimigo encarnado no delinquente comum.

Através dessa ideologia, o poder punitivo passa a agir de maneira discriminatória, retirando a condição de pessoas daqueles que ele considera inimigos, recorrendo, para tanto, a fundamentos que, embora tidos como científicos, partem de bases ideológicas não científicas. Nessa condição, tidas como perigosas e potenciais ameaças para o restante da sociedade, essas pessoas não mais gozam das medidas protetoras da lei. Aliás, graças à ideologia do inimigo, elas passam a ter uma identidade bem marcada, de forma a convencer todos os membros de todas as classes de seu perigo, possibilitando as ações daqueles que as submetem às opressões do poder punitivo.

Assim, ao transformá-lo em inimigo, o poder punitivo exclui, por assim dizer, um cidadão comum que venha a ter praticado algum ato criminoso do rol de pessoas protegidas por nosso ordenamento jurídico, como se retirasse sua condição de cidadão perante a sociedade. Isto acaba viabilizando, ainda que de maneira extrajudicial, a violação dos direitos destes indivíduos, bem como a prática de atos violentos contra estes cidadãos por parte da polícia, incumbida de manter a ordem.

Paes de Souza relaciona tais práticas policiais não somente à ideologia militarista de combate a um inimigo, mas, também, ao preconceito pautado em classes presente na instituição. Na lógica policial, para o autor, o infrator da lei representa um perigo para a sociedade, o que lhe retira o direito à dignidade no momento da prisão. É como se o rótulo de "infrator da lei" permitisse ao policial a prática da violência sem observar os direitos e garantias de tal indivíduo[39].

Importante frisar, ainda, que boa parte da população, tomada por um sentimento de insegurança quanto a este inimigo construído, apoia e, muitas vezes,

38. DE SÁ, A. A. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. *Revista dos Tribunais*, v. 924, p. 297, out. 2012.

39. SOUZA, A. P. *Op. cit.*

incentiva a prática de tais atos. Este apoio popular à exclusão do "inimigo" da condição de cidadão pode ser explicado pelo conceito de "classes perigosas" brilhantemente retratado por Bauman.

Para o autor[40], as "classes perigosas" originais eram formadas por pessoas "em excesso", temporariamente excluídas e ainda não reintegradas, privadas de "utilidade funcional" ante a aceleração do progresso econômico e desprovidas de proteção ante a rápida pulverização das redes de vínculo. O conceito de classes perigosas, porém, ganhou nova intensidade atualmente, passando a ser formado por pessoas consideradas incapacitadas para a reintegração e não assimiláveis, ou seja, pessoas que não saberiam se tornar úteis mesmo que reabilitadas. Bauman considera que, ao contrário do contexto antigo, as novas classes perigosas perdem seu caráter transitório e não são mais consideradas como "em excesso", mas supérfluas e permanentemente excluídas, conceito este que é amplamente encorajado pela sociedade "líquida".

Por fim, pode-se concluir que a chamada "ideologia do inimigo" tem norteado os princípios das políticas de segurança pública no país, consagrando o militarismo como modelo aplicado na área. Mais do que isso, observa-se, ainda, que tal ideologia extrapolou as instituições propriamente militares, servindo como base para políticas da esfera punitiva e sendo amplamente propagada por veículos de informação, tendo papel manipulador na opinião pública, surtindo, porém, pouco efeito no combate à criminalidade.

6. INEFICÁCIA NO COMBATE À CRIMINALIDADE

Aplicado como base do modelo de segurança pública no país sob o pretexto de ser a forma mais eficaz de combate à criminalidade e de manutenção da ordem pública, o militarismo, na verdade, se mostra incompatível com a função policial, além de, na prática, não cumprir o objetivo de reduzir os índices criminais no Brasil.

Certo é que as medidas de combate à criminalidade são, ainda, um ponto controverso no País. Ignácio Cano e Nilton Santos[41] apontam que essa controvérsia gira em torno das possíveis respostas ao questionamento da existência de uma relação entre distribuição de renda e os índices de criminalidade, mais especificamente, as taxas de homicídio. Para os autores, os que acreditam que existe tal

40. BAUMAN, Z. *Confiança e Medo na Cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2009.

41. CANO, I.; SANTOS, N. *Violência letal, renda e desigualdade no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007. p. 9-13.

relação tendem a defender que a redução das taxas de violência e criminalidade se daria através da implementação de medidas sociais, quais sejam as melhorias em sistemas básicos como o de educação ou, ainda, mecanismos de redução da desigualdade social. Por outro lado, os que questionam esta relação tendem a apelar para medidas relacionadas ao sistema de justiça criminal, principalmente as concernentes ao desempenho policial, vez que julgam as medidas sociais ineficazes.

Ainda que se tome como verdadeira, porém, diversas podem ser as relações entre renda e criminalidade. Uma das perspectivas sobre tal análise, por exemplo, aponta para o comportamento racional de maximização da renda, através do qual parte-se da premissa que, ainda que haja o risco da punição, o comportamento ilegal ou violento é capaz de gerar uma renda mais alta do que um emprego legal para parte da população. Isso significa que, para as camadas populacionais mais pobres, o crime violento seria uma forma de obter um lucro que seria inatingível através de uma atividade lícita.

Deste modo, levando-se em conta as possíveis consequências de uma atitude delitiva, tais como a prisão ou, até mesmo, a morte decorrente de um confronto com a polícia, um indivíduo com um melhor padrão de vida necessitaria de uma compensação muito maior para que se envolvesse em crimes violentos. Logicamente, aqui, refere-se apenas aos crimes que tenham natureza econômica, tais como os crimes contra a propriedade, o tráfico ou, ainda, homicídios resultantes de lutas entre organizações criminosas.

Outros crimes, porém, apesar de aparentemente não guardarem qualquer relação com os níveis de renda, podem ser motivados pela frustração proveniente da desigualdade social. Nesses casos, a agressão praticada pelo crime é mais difusa, contra objetos que nem sempre são relacionados à frustração original, podendo atingir, inclusive, outros nas mesmas condições do infrator e que não tenham qualquer responsabilidade por tal situação. O vínculo entre desemprego e violência doméstica é um exemplo que se amolda bem a este quadro.

Diante disso, pode-se concluir que, mesmo em casos que o indivíduo não tenha cometido um delito com o objetivo de maximizar sua renda, a desigualdade social pode ser a causa para que um cidadão passe a praticar atividades criminosas, vez que ela cria um cenário de descontentamento e frustração que podem levar a um comportamento agressivo e violento por parte desse indivíduo.

A relação entre desigualdade social e criminalidade também é apontada por Lins[42], que analisa que a ordem pública, apesar de imposta a todos, é pensada

42. LINS, B. J. R. L. Breves reflexões sobre segurança pública e permanências autoritárias na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Brasileira*, v. 1, jul. 2011. p. 173.

apenas segundo a visão dos grupos sociais dirigentes. Nesse sentido, a falha do Estado brasileiro ao deixar de ampliar a fruição dos direitos sociais, econômicos e culturais, somou-se a uma série de transformações conjunturais que passaram a ocorrer no século XX, como a falência do sistema de justiça criminal brasileiro e a inclusão, através da mídia de massa, de jovens sem suporte e supervisão em uma cultura de consumo, apesar de excluídos das possibilidades econômicas para a sua satisfação.

Desse modo, criou-se um cenário de expansão da criminalidade, vez que a carência de políticas sociais reforçou o ingresso de cidadãos comuns de baixa renda no narcotráfico e em outras organizações criminosas. Nesse cenário, a pressão pública para a criação de políticas de combate ao crime teve como consequência a escolha de um modelo de segurança pública pautado na truculência, no caráter seletivo e na violência ilegal. A seletividade a qual se refere o autor, porém, diz respeito ao caráter classista das práticas securitárias no País, responsável pela formação de um "cordão sanitário imposto aos territórios ocupados pelas classes populares com objetivo de manter a ordem e tranquilidade dos setores médios e das elites". Por isso, as práticas abusivas realizadas pela polícia são muito mais comuns em bairros periféricos.

Nesse sentido, as políticas de segurança pública adotadas em nosso país teriam mais o objetivo de isolar a criminalidade, afastando-a das áreas povoadas por pessoas de renda maior, do que de combatê-la e reduzi-la propriamente. Assim, os índices de criminalidade não seriam reduzidos, mas a sua incidência ficaria restrita as áreas urbanas periféricas, povoadas por cidadãos de baixa renda. É o que fica evidente nos fracassos das Operações Rio I e Rio II, realizadas pelas Forças Armadas, no Rio de Janeiro, na década de 90, com incursões de tropas nas favelas para combater o tráfico de drogas que não foram capazes de reduzir a criminalidade naquelas regiões. Da mesma forma pode ser analisada a implantação do projeto das Unidades de Polícia Pacificadora, frequentemente objeto de repúdio por moradores das comunidades afetadas e movimentos sociais ligados aos Direitos Humanos, ante casos de abusos de policiais militares à população local.

Tais medidas foram similares ao que Jock Young[43] chama de "policiamento de tolerância zero", caracterizado como uma medida que toma ares de solução rápida e cura única para a criminalidade, sofrendo, porém com duas falácias.

43. YOUNG, J. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Ed. Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

A falácia cosmética se refere à concepção da criminalidade como um problema superficial, ao invés de uma doença crônica da sociedade, invertendo a causalidade, ou seja, tratando a criminalidade como uma causadora de problemas para a sociedade, ao invés de considerá-la fruto dela. Young assevera, porém, que ela não se sustenta facilmente à medida que um crime se torna comum. Já a segunda falácia, inominada, diz respeito à errônea concepção de que o mundo social é uma estrutura simples, podendo-se relacionar diferentes eventos sociais com mudanças estreitamente delineadas nesta mesma estrutura, quando, na verdade, diante da complexidade do mundo social, toda intervenção social tem apenas um efeito limitado no restante da estrutura.

Nesse sentido, o autor afirma que, além do nível de dissuasão exercido pelo sistema de justiça criminal, a taxa de criminalidade pode ser afetada por diversos outros fatores, como educação infantil, padrões de emprego ou o clima cultural e político. A junção de todos esses fatores, apesar de complicada, é, ainda, insuficiente, pois não permite a avaliação e a reflexibilidade humana sobre pontos importantes como a injustiça do desemprego ou do mau policiamento.

Contestadas ambas as falácias, evidente que a criminalidade não é um comportamento externo que causa danos à sociedade, mas sim um produto de uma estrutura social que apresenta uma série de características problemáticas. Por apresentar essa variedade de fatores que influem para sua incidência, não se pode dizer que exista uma solução única para o combate à criminalidade, como o endurecimento penal ou uma política policial de "tolerância zero". Deve ser levada em conta, ainda, uma série de fatores sociais como os níveis de emprego e o acesso à educação como causas das crescentes taxas criminais.

Interessante análise, nesse condão, faz Alvino Augusto de Sá, ao afirmar que a ideologia dos pensadores das classes dominantes, que orienta a criação de leis e práticas penitenciárias, encara o crime, geralmente, como uma ameaça de quem não tem patrimônio àqueles que têm. Além disso, com a inversão entre causa e efeito, típica dessa ideologia, o criminoso passa a ser "tido como um 'fato' acabado, 'produto autônomo', que perturba e desequilibra as relações sociais, quando, na verdade, ele é fruto das relações sociais perturbadas, economicamente equilibradas e injustas"[44].

Diante de tal análise, pode-se concluir que a criminalidade não está somente relacionada a questões morais e supostos desvios de conduta de seus agentes. Isso porque, seja pela desigualdade social, pela falta de oportunidades de emprego ou, ainda, pela falta de acesso a necessidades básicas como educação

44. DE SÁ, A. A. *Op. cit.*

e saúde, os altos índices de criminalidade guardam relação direta com fatores sociais ligados à concentração de renda.

Desse modo, a atividade da Polícia Militar no Brasil, pautada na ideologia do inimigo, adota métodos ineficazes no combate ao crime, vez que atua de maneira bélica, de forma a eliminar ou, ao menos, isolar os agentes do crime do restante da sociedade. Tais medidas, porém, mostram-se por demais superficiais, vez que não combatem diretamente o fato gerador da criminalidade, qual seja a estrutura desigual da sociedade atual, mas sim os indivíduos que, por consequências de tal fato, aderem a práticas delitivas.

7. Conclusão

Diante de tal análise, pode-se concluir que o militarismo possui algumas características que tornam a organização da Polícia Militar incompatível com as atividades policiais desde a formação de seus profissionais. O próprio isolamento do aspirante a oficial da polícia já denota um rompimento com o resto da sociedade e com a natureza civil da instituição.

Esse rompimento, quando somado à organização hierárquica rígida e altamente verticalizada com grande concentração de poder decisório, como é a militar, contribui para o surgimento de práticas policiais que violem direitos humanos, bem como facilita o crescimento de um sentimento de preconceito de alguns policiais contra cidadãos de classes mais pobres e minorias raciais.

Denota-se, porém, que o elemento mais problemático do militarismo e que causa maior impacto na sociedade é a adesão da polícia militar à ideologia do inimigo. Tal ideologia tem suas raízes na Doutrina de Segurança Nacional e, apesar da redemocratização, persistiu nas práticas policiais, bem como se tornou uma característica do sistema punitivo brasileiro de modo geral.

Na prática, porém, pode-se afirmar que as práticas policiais baseadas nesta ideologia pouco surtiram efeito no combate à criminalidade, vez que esta seria consequência de uma série de fatores sociais como a desigualdade de renda e o baixo acesso a necessidades básicas como saúde e educação para a população mais pobre. Assim, uma política puramente repressiva, mas que não ataca o fato gerador dessa criminalidade, como é o caso do militarismo aplicado como modelo de segurança pública, tem pouca eficácia na solução de tal problema.

Desse modo, pode-se concluir que a ideologia militarista aplicada na formação e na estruturação da Polícia Militar não só tem como consequência as

práticas abusivas e violentas por parte de seus membros, como se mostra ineficiente na tentativa estatal de reduzir a criminalidade.

8. Referências bibliográficas

ADORNO, T. Educação após Auschwitz. Disponível em: [http://adorno.planetaclix.pt/tadorno10.htm]. Acesso em: 02.08.2014.

BATISTA, N. Política Criminal com Derramamento de Sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 20, out. 1997.

BAUMAN, Z. *Confiança e Medo na Cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2009.

BENEVIDES, M. V. M. Cidadania e Direitos Humanos. *In*: CARVALHO, José Sérgio. (Org.). *Educação, Cidadania e Direitos Humanos*. Petrópolis: Vozes, 2004.

BOBBIO, N. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 26.07.2016.

Brasil. Decreto-lei 667, de 02 de julho de 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0667.htm]. Acesso em: 26.07.2016.

Brasil. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm]. Acesso em: 26.07.2016.

CANDIDO, A. A verdade da repressão. *Revista USP*. n. 9, 1991. p. 28. Disponível em: [www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25544]. Acesso em: 01.08.2014.

CANO, I.; SANTOS, N. *Violência letal, renda e desigualdade no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007.

CASTRO, C. *O Espírito Militar*: um antropólogo na caserna. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2004.

CROCHIK, J. L. *Preconceito, Indivíduo e Cultura*. 3. ed. São Paulo: Editora Casa do Psicólogo, 2006.

FERREIRA, A. B. H. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993

FIGUEIRA, S. A. *Nova Família? O moderno e o arcaico na família de classe média brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1986.

LINS, B. J. R. L. Breves reflexões sobre segurança pública e permanências autoritárias na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Brasileira*, v. 1, p. 173. jul. 2011.

MILLS, W. *A Elite do Poder*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

MOURÃO, J. C. Só nos resta a escolha de Sofia? *Tortura*. Brasília: SEDH/Coordenação Geral de Combate à Tortura, 2010.

PACHECO, A. M. P. Notas sobre o controle externo na atividade policial: o porquê e por quem, ou, a análise da proposta de sua retirada das mãos do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 91, p. 61. jul. 2011.

Polícia Militar do Estado De São Paulo. Diretriz Geral de Ensino. Disponível em: [www.policiamilitar.sp.gov.br/caes/downloads/DGE.pdf]. Acesso em: 26.07.016.

Rio Grande do Sul. Lei 12.349, de 26 de outubro de 2005. Disponível em: [www.brigadamilitar.rs.gov.br/Site/Estrutura/Apm/ensino/lei_ensino.doc]. Acesso em: 26.07.2016.

ROUSSELET, F. Túlio Vianna. A militarização não é boa para o policial e é péssima para o cidadão. *Revista Fórum*, 2 jul. 2013. Disponível em: [www.revistaforum.com.br/blog/2013/07/tulio-vianna-a-militarizacao-da-policia-nao-traz-beneficio-nenhum-nao-e-boa-para-o-policial-e-pessima-para-o-cidadao]. Acesso em: 05.06.2014.

SÁ, A. A de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. *Revista dos Tribunais*, v. 924, p. 297. out. 2012.

São Paulo. Decreto 52.575, de 11 de dezembro de 1970. Disponível em: [www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1970/decreto-52575-11.12.1970.html]. Acesso em: 26.07.2016.

São Paulo. Lei Complementar 1.036, de 11 de janeiro de 2008. Disponível em: [www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2008/lei.complementar-1036-11.01.2008.html]. Acesso em: 26.07.2016.

SINHORETTO, J. *et. al*. *Desigualdade Racial e Segurança Pública em São Paulo*: letalidade policial e prisões em flagrante. Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos da UFSCar. Disponível em: [www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/A1rio-Executivo_Desigualdade-racial-e-seguran%C3%A7a-p%C3%BAblica-em-SP.pdf]. Acesso em: 01.08.2014.

SOUZA, A. P. *O Guardião da Cidade*: reflexões sobre casos de violência praticados por policiais militares. São Paulo: Escrituras Editora, 2013.

YOUNG, J. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Ed. Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Controle externo da atividade policial-militar: relatos de uma pesquisa empírica, de Gabriel Bulhões Nóbrega Dias – *RBCCrim* 130/105-144 (DTR\2017\662);
- Desmilitarização das polícias: considerações sobre a PEC-51 e a reforma do sistema de segurança pública brasileiro, de Almir Valente Felitte – *RBCCrim* 130/23-45 (DTR\2017\658); e
- "Mal de polícia" – À propósito de uma criminologia radical, de Augusto Jobim do Amaral – *RBCCrim* 111/263-291 (DTR\2015\245).

Da crítica à solução: a criminologia e as *Community Boards* como alternativas ao sistema penal

From criticism to solution: criminology and Community Boards as alternatives to criminal system

Bruno Seligman de Menezes

Advogado. Professor universitário na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Professor universitário no Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 2010 (PUC-RS). Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA).
bruno@penal.adv.br

Mateus Rech Graciano dos Santos

Estudante do quarto semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Membro do Grupo de Estudos em WebCidadania da FADISMA. Membro do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet da Universidade Federal de Santa Maria (CEPEDI/UFSM). Estagiário da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul na 4ª Vara Criminal.
mateusg.rech@hotmail.com

Vanessa Cerezer de Medeiros

Pós-graduanda no programa de pós-graduação *lato sensu* de Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Membro do Projeto de Pesquisas e Estudos em Sistema Penal e Criminologia da Universidade Federal de Santa Maria (PPESC/UFSM). Membro sênior do Núcleo de WebCidadania da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Bacharel em Direito pela FADISMA.
v.cerezer@outlook.com

Recebido em: 30.09.2016
Aprovado em: 03.11.2016
Última versão dos autores: 12.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem por finalidade desmascarar a realidade do discurso jurídico-penal e retratar as falhas desse sistema por meio de uma visão crítica. Para tanto o artigo será dividido em três partes. Desse modo, em um primeiro

Abstract: This article aims to expose the reality of the criminal legal discourse and portray the flaws of this system through a critical view of it. Thus, at first it will be portrayed a quick analysis and criticism of the criminal justice system

momento será retratada uma análise e críticas ao sistema penal que é fomentado na sociedade. Ademais, posteriormente será abordada a criminologia crítica como uma forma de mudança de pensamento e uma forma de enxergar o sistema penal, abordando as teorias do garantismo e do abolicionismo penal. Em um terceiro ponto, tentar-se-á retratar uma maneira de substituir o sistema penal e propor soluções que visem reduzir as situações problemáticas do meio social por intermédio das *Community Boards*. Com isso, será analisada a deslegitimidade do sistema penal e a necessidade de promover formas auxiliares de soluções de conflitos que tenham por objetivo um caráter mais humano e civilizatório e afastem totalmente o ato indesejável do contexto criminal. Assim, para obter tais objetivos, optou-se por utilizar, como método de abordagem, o dedutivo e, como método de procedimento, o tipológico.

Palavras-chave: Sistema penal – Deslegitimação – Criminologia – Crítica – Alternativas – *Community Boards*.

that is fostered in society. Moreover, it will subsequently be addressed critical criminology as a form of change of thought and way of seeing the criminal justice system, addressing the theories of criminal guaranteeism and abolitionism. In a third point, attempts to portray a way to replace the criminal justice system and propose solutions aimed at reducing problematic situations of the social environment through the Community Boards. Thus, the delegitimisation will be analyzed from the criminal justice system and the need to promote ancillary forms of conflict resolution that aim to a more human character and civilizing, which completely depart from the undesirable act of criminal context.

Keywords: Penal system – Delegitimization – Criminology – Criticism – Alternatives – Community Boards.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve análise e críticas ao sistema penal. 3. A criminologia como uma forma alternativa para uma ampliação da visão crítica a respeito do sistema penal. 4. As *Community Boards* como alternativa ao sistema penal. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Diante[1] de um intenso dinamismo social e das frequentes mudanças ocorridas na sociedade, a manutenção do que Warat[2] definira como senso comum teórico impede, por vezes, que se acompanhem as mudanças necessárias, sen-

1. O presente artigo teve origem como instrumento de pesquisa e discussão no grupo PRODUZA da Faculdade de Direito de Santa Maria, coordenado pelas professoras doutoranda Nathalie Kuczura e mestranda Cristiane Penning Pauli de Menezes.
2. Segundo Luis Alberto Warat: "Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz '*off*' do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam". (WARAT, 1982, p. 54)

do papel da criminologia quebrar com o conforto dos discursos oficiais que escondem a verdade e maquiam a realidade.

Nesse sentido, o presente trabalho possui como escopo demonstrar a necessidade de desvendar as reais intenções do sistema penal, desconstruido os discursos falaciosos e as justificações forjadas que permanecem impregnadas tanto na norma quanto nas doutrinas encarregadas de manter as ilusões e os mitos referentes ao direito penal e processual penal.

Para tanto, necessário ultrapassar a comum e simplória discussão acerca da falência da pena e do sistema penal, bem como sobre as condições desumanas e de superlotação nos presídios. Isso porque dizer que a pena é falida é acreditar que ela nasceu para dar certo nos moldes das teorias justificantes, o que não é verdade. Certo é que, mantendo as ilusões que as teorias da pena carregam, a pena jamais terá sucesso, pois as justificações e objetivos declarados do sistema penal apenas existem para legitimar e manter o aparelho repressivo estatal de violências, dores e sofrimento.

Assim, é preciso não só alimentar a crítica, como também repensar alterações no que toca o atual discurso da dogmática jurídica-penal, vez que esta, por si só, não enfrenta a crise de legitimidade em que se encontra o sistema penal. Pelo contrário, a dogmática reproduz o senso comum teórico, impedido que se desvele as atrocidades cometidas pelo sistema penal.

Para revelar o que está escondido pelo discurso, optou-se por realizar a divisão do artigo em três subtítulos para melhor abordar e esclarecer o tema. Desta forma, em um primeiro momento, será abordada uma breve análise crítica do sistema penal, demonstrando a real face do direito repressivo, o qual se sustenta através da violência institucionalizada, escondendo-se através de falsas promessas de proteção de bens jurídicos e defesa social.

Posteriormente, em um segundo momento, será trazido a criminologia[3] como forma de soluções e alternativas diante da ilegitimidade do discurso penal. Nesse viés, será discutida a necessidade de fomentar o estudo criminológico nas academias, elevando-o a mesma importância que o estudo da dogmática penal nas agências reprodutoras de ideologia.

Por fim, buscar-se-á uma alternativa possível ao direito penal, desconstruindo as contaminações ideológicas geradas pelo discurso oficial. Assim, será

3. Utilizando-se dos ensinamentos de Alessandro Baratta, a criminologia crítica é responsável por produzir "uma perspectiva de política criminal que se coloca no exterior da mesma. Por esta razão, não constitui uma perspectiva de racionalização, mas uma perspectiva racional de superação do sistema penal" (BARATTA, 2014, p. 214).

abordada as *Community Boards* como uma forma de promover uma solução mais justa e, acima de tudo, mais humana para todas as partes envolvidas no conflito, gerando assim, uma sociedade mais solidária e menos violenta.

Para a construção da pesquisa foi utilizado o método dedutivo de abordagem, uma vez que, partindo da crítica e de análises do sistema penal, buscou-se uma alternativa presente na criminologia crítica. Ademais, como método de procedimento, foi empregado o tipológico, pois, ao visualizar fenômenos sociais complexos, visa-se à construção de outros tipos ou modelos a fim de solucionar a problemática.

Por fim, a pesquisa tem por finalidade entender por quê, diante de tamanhas falhas, críticas e constatações de ineficiências, o direito penal continua sendo o principal mecanismo de credibilidade e solução de conflitos definidos como crimes. Dessa maneira, a pesquisa torna-se importante aos demais estudantes de Direito e de outras áreas do conhecimento, à academia, que necessita fomentar a discussão sobre essa temática, e à sociedade em geral, que é afetada pelo assunto discutido.

2. Breve análise e críticas ao sistema penal

Há menos de dois séculos, os países do Ocidente extinguiram os suplícios, as punições em praça pública e os castigos corporais característicos do direito penal canônico e do processo penal inquisitivo, local onde o soberano expunha poder sobre seus súditos de forma arbitrária e desumana. Aos poucos, diante da tentativa de afastar os excessos de poder do Estado e humanizar as penas, estas deixaram de ser um espetáculo necessário e a execução pública começou a ser vista como uma fornalha em que se ascende a violência (FOUCAULT, 2014, p. 14). E, portanto, a pena privativa de liberdade passou a ser a principal medida repressiva penal.

À luz desse novo pensamento, trazendo ao centro do discurso penal uma nova economia de punir, não seriam mais toleradas as barbáries inquisitoriais, tendo em vista que o carrasco, aquele que realiza os procedimentos, parecia-se com um criminoso, e os juízes com assassinos, havendo um espírito de crueldade que guiava a mão do legislador. Dessa forma, o homicídio, que é entendido e apresentado para a sociedade como um crime tão horrível, era visto ser praticado e cometido friamente, sem remorsos por parte do Estado (BECCARIA, 1997, p. 87). Não por acaso, aliás, que Luigi Ferrajoli concluiu que:

> [a] história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as

> produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. (FERRAJOLI, 2002, p. 310).

Com a mudança na forma de punir e uma incorporação gradual de medidas humanistas e civilizatórias na seara penal, a privação da liberdade, que antes não era considerada pena propriamente dita – visto que aplicada somente como o local em que o indivíduo esperaria até receber a sentença final –, transformou-se em principal medida punitiva. Assim, a partir desse novo paradigma, a pena privativa de liberdade passou a ser adotada como principal pena, levando em consideração que teria um caráter mais humano e, portanto, mais legitimável. Nessa lógica, o carrasco é substituído por um exército de técnicos, como médicos, psicólogos, psiquiatras, entre outros, capazes de garantir que a dor e o corpo não sejam objetos da ação punitiva (FOUCAULT, 2014, p. 16).

Surgiu, dessa maneira, a necessidade de um discurso que viabilizasse a nova economia de punir, trazendo justificativas da pena como teorias legitimadoras da privação da liberdade e do direito penal, o qual vem sendo tratado como principal mecanismo de proteção aos bens jurídicos e de controle; prevenção e repressão da criminalidade.

Nesse sentido, uma das teorias da pena é a teoria retributiva, oriunda do direito penal clássico, entendendo que a pena é a negação do delito – visto que o crime é a negação do direito –, e a aplicação da pena retribuiria à sociedade o mal causado pelo delito, sendo tratada como contraprestação. Entretanto, essa teoria enraizada no passado acaba por legitimar a vingança institucionalizada, evitando a crise de legitimidade que acompanha as finalidades da pena (BRANDÃO, 2002, p. 21-29 *apud* SANTOS, 2008, p. 462).

Não obstante, as teorias preventiva especial e preventiva geral são responsáveis pela ideia de que a pena tem como objetivo a ressocialização bem como a existência de um bode expiatório utilizado como exemplo a não ser seguido. A primeira teoria visa a uma pena suficiente e necessária para prevenir o crime[4]

4. Sob um viés crítico acerca da teoria da prevenção especial positiva, Fábio da Silva Bozza refere que esta é "um fracasso histórico que se caracteriza pela consciência de seu fracasso e pela reproposição do mesmo projeto fracassado (Foucault). As características do modelo carcerário da sociedade capitalista resumem-se no fato de que as prisões produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e são propícias a estabilizar a sua inserção na população de delinquentes" (BOZZA, 2013, p. 119).

e, posterior a isso, promover uma integração social do condenado. Por outro lado, a teoria preventiva geral tem por intuito evitar que novos crimes sejam cometidos, a partir de um ideal de defesa social, higienização e neutralização daqueles etiquetados como criminosos.

Apesar de serem abordadas no sistema presente[5], essas teorias não correspondem os reais objetivos do direito penal, servindo apenas de maquiagem para as atrocidade do sistema, legitimando práticas violentas e desumanas a partir de promessas de proteção e paz social, colocando o direito penal como protagonista de um dever que ele jamais poderá cumprir: o de garantidor dos direitos, dos bens e da segurança pública.

A teoria preventiva especial vem se contradizendo quando diz ser necessário o isolamento para que o indivíduo possa ressocializar-se, algo que é irracional quando se sabe que o isolamento é prática de introspecção, e não de ressocialização. Nesse ponto, importantes as lições de Maria Lúcia Karam:

> A ideia de ressocialização, pretendendo concretizar o objetivo de evitar que o autor da conduta criminalizada volte a delinquir, através de sua reeducação e reintegração à sociedade, é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a ideia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela. (KARAM, 2009, p. 4-5).

5. Embora a Constituição Federal de 1988 não traga em seu escopo nenhuma das finalidades da pena, é possível verificar a existência desses mitos sobre prevenção e recuperação na exposição de motivos do Código Penal e do Código de Processo Penal: "(...) i) poder de aplicação, pelo juiz, de medidas alternativas à prisão provisória, de acordo com as recomendações da Organização das Nações Unidas em Congresso realizado em 1980 em Caracas, Venezuela, sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente" (BRASIL, exposição de motivos do Código de Processo Penal, 1983, p. 12). "50. As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo, elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão 'culpabilidade' em lugar de 'intensidade do dolo ou grau de culpa', visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para 'reprovação e prevenção do crime'." (BRASIL, exposição dos motivos do Código Penal, 1983, p. 50).

Ademais, a teoria em questão requer evitar crimes futuros. Porém, é notório que tal intenção é interrompida pelos princípios norteadores do direito penal, uma vez que não pode existir pena sem lei anterior que a defina, muito menos sem conduta praticada. (SANTOS, 2008, p. 464).

A crítica contra a teoria preventiva geral da pena consiste em que a pena não pode ultrapassar a pessoa do "condenado". De modo algum, pode um indivíduo, por meio da pena, ser usado como bode expiatório ou como um exemplo a ser seguido. O Estado se utiliza da certeza da punição como forma de desestimular a prática de crimes. Essa prática acarreta um terrorismo estatal além de que, como afirma Roxin (1997, p. 52 *apud* SANTOS, 2008, p. 467) acusados reais, são punidos para influenciar a conduta de acusados potenciais (SANTOS, 2008, p. 466).

Com o auxílio dessas teorias justificadoras da pena, o número de pessoas que tem sua liberdade restrita aumenta a cada ano. Em contrapartida, ao mesmo tempo que esse número sofre um constante acréscimo, o sistema penal não demonstra um tratamento digno e humano compatível com os ideais humanistas e constitucionais, agravando a crise de legitimidade da pena e do sistema penal. A exemplo disso, a pena acaba por tornar-se elemento criminógeno, degradante, insalubre e violenta solução à criminalidade. Isso ocorre porque nenhuma das teorias trazidas para justificar a necessidade da pena e do direito penal cumprem seus objetivos, visto que, em realidade, o sistema penal existe para manter e reproduzir as estruturas de dominação, e as teorias da pena servem para esconder esses objetivos latentes (KARAM, 2009, p. 7).

Cabe compreender que as teorias apresentadas têm como função manter a eficácia simbólica do direito penal, tendo em vista que reproduzem um sistema ideológico por meio de sua função declarada, cumprindo de forma latente as funções de dominação e manutenção das instituições (ANDRADE, 2012, p. 135).

Insta salientar que não são as falhas nas teorias justificadoras da pena ou as degradantes e desumanas condições apresentadas pelas casas prisionais que fazem com que o sistema penal não evolua e não apresente resultados positivos. O modo de funcionamento da máquina penal faz com que o sistema não seja feito para demonstrar melhoras, mas sim para servir como uma forma de vingança institucionalizada por meio de uma forjada punição legítima.

A burocracia do sistema, por exemplo, é um dos problemas que tornam difícil a conscientização e a responsabilização da violência e vingança canalizada próprias do sistema penal. A burocracia faz com que as pessoas que trabalham dentro das delegacias, dos cartórios, dos gabinetes, não se sintam responsabilizadas pelo caos e pela crise sistêmica, colocando-se à parte do sistema, como se não fizessem parte dele, tornando a máquina penal desumana e incontrolável.

Sobre o tema, relembrando a teoria dos dentes da engrenagem, Eugenio Raúl Zaffaroni reflete que o juiz abre mão do conteúdo ético na burocracia do sistema, e seria:

> (...) a mesma atitude do "bom" torturador, que se limita a cumprir sua tarefa como um "profissional" correto, passando a responsabilidade ao órgão judicial e ao exercício do poder dos juristas: "Não me importa se o que faço é ético ou não. Não sou eu quem decido isso e, sim, a instância que sanciona a lei. Eu me limito a cumprir o que ela ordena". Esta foi certamente uma resposta frequente em Nuremberg. (ZAFFARONI, 2014, p. 84).

Somado ao que já foi dito, uma das mais falaciosas invenções legitimadoras do sistema penal é a crença de que a pena tem o intuito de promover a ressocialização como forma de depositar uma confiança irresponsável de que a máquina penal teria um objetivo legítimo e benéfico para a sociedade.

Para desconstruir a ideia de ressocialização, basta observar o sistema sob o prisma da realidade em que ele está inserido. Trazendo a lume o entendimento de que o sistema penal não tem como função latente nenhuma das suas funções declaradas, torna-se necessário desmistificar os objetivos bondosos que as teorias justificantes criaram para tornar possível a manutenção da vingança canalizada. Contudo, enquanto a realidade não pode ser dita, pois insustentável, o sistema repressivo atua, com o supedâneo da criminologia positivista, na criação de estereótipos, na rotulação de indivíduos, nas terminologias empregadas pelo sistema, na norma e doutrina, ocupando um papel crucial tanto no aumento da criminalidade quanto no da violência gerenciada pelo sistema penal. Nesse aspecto, Alexandre de Morais da Rosa explica que:

> Mediando a lei e o desejo, o senso comum teórico dos juristas será o "cão de guarda" do processo intersubjetivo, barrando a participação dos sujeitos, os quais passam a receber denominações jurídicas, na forma da lei, de autor/réu, requerente/requerido, suplicante/suplicado. Substantivações ou adjetivações que, como pontua Streck, deveriam envergonhar. Nem se fica, todavia, corado, facilitando a remessa da decisão para o plano ideal, sem rostos, nem vida, tão-somente raciocínios lógico-dedutivos. (ROSA, 2015, p. 183).

Nessa perspectiva, o sistema penal surge como principal propulsor da separação social das classes econômicas, tendo em vista que sua mais importante característica seja a elitização da aplicação da norma repressiva. Assim, resta claro o real motivo da existência do direito penal, o qual nada tem a ver com as teorias justificantes subabordadas.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, ao defenderem uma teoria agnóstica da pena criminal, reconhecem nela a ausência de função, reduzindo-se a mero ato de poder, tendo apenas explicação política. Sustentam que o direito penal não tem por tarefa legitimar a criminalização, ou a punição, mas apenas aquilo que está no seu âmbito de possibilidade: as decisões das agências jurídicas. Alegam que as agências jurídicas não podem interferir na criminalização primária – porque fruto de decisão política – nem na criminalização secundária – porque fruto da seletividade operada pelas agências policiais –, de modo que somente está a seu alcance o exercício de um poder que "no puede exceder el ámbito del reducido poder jurisdiccional que ejercen sobre la criminalizáción secundaria" (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 51).

Tomando partido da criminologia crítica, a pena tem como função manter o sistema capitalista, assim como o sistema penal, por meio da criminalização primária e secundária, e selecionar aqueles que estão fora do mecanismo de produção do capital. Correspondendo a essa perspectiva, Alessandro de Giorgi explana que:

> O cárcere representa a materialização de um modelo ideal de sociedade capitalista industrial, um modelo que se consolida através do processo de "desconstrução" e "reconstrução" contínua dos indivíduos no interior da instituição penitenciária. O pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro se torna proletário. (GIORGI, 2006, p. 45).

O exercício do poder por intermédio do direito penal e da pena não pode de forma alguma ser legitimados, tendo em vista as denúncias realizadas pela criminologia crítica. Encarando como utópico o abolicionismo penal – mas como caminho necessário à diminuição das práticas violentas punitivas –, é possível tratar as agências judiciais como responsáveis pela limitação do poder punitivo, agindo como Cruz Vermelha, que, não podendo abolir a guerra, age como redutora de danos dentro de um estado de polícia (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 52). Nesse viés, o direito penal como discurso (ZAFFARONI, 2014, p. 201), e não como sistema repressivo, assumiria um papel humanitário por meio das agências judiciais no que toca ao controle e limite da violência do poder das agências subterrâneas.

Dessa forma, a limitação do poder não pode ser realizada dentro do próprio sistema penal, tendo em vista que aquilo que é ilegítimo não pode legitimar o que também não é legítimo; ou seja, a pena não pode legitimar o direito penal e o direito penal não é capaz de legitimar a pena, pois ele não é, e jamais

será, aquilo que promete ser. Remonta Eugenio Raúl Zaffaroni à necessidade de abandonar o discurso legitimante, principalmente na América Latina:

> O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do "ser" e refugiar-se ou isolar-se no "dever ser" porque para que esse "dever ser" seja um "ser que ainda não é" deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-a em um ser que jamais será, isto é, num embuste. Portanto o discurso jurídico penal socialmente falso também é perverso; torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder.
>
> Em nossa região marginal, é absolutamente insustentável a racionalidade do discurso jurídico-penal que de forma muito mais evidente do que nos países centrais, não cumpre nenhum dos requisitos de legitimidade. (ZAFFARONI, 2014, p. 19).

Com a mesma ideia, Salo de Carvalho explica sobre a necessidade do rompimento com quaisquer teorias legitimadoras:

> Advoga-se, pois, a negativa à universalização de qualquer tipo de crença punitiva. Após o desnudamento do sistema sancionatório pela criminologia da reação social, criticável seria projetar qualquer finalidade à sanção penal. Sobretudo porque na história dos sistemas punitivos as justificativas legitimadoras da pena, por mais "nobres" e "humanas" que possam parecer, sempre potencializaram a violência das agências de punitividade, ou seja, ao fim nobre sempre houve correspondente meio espúrio. (CARVALHO, 2006, p. 70).

Dentro da relação que fazem entre as agências policiais e penitenciárias corresponderem a ações de estado de polícia e as agências jurídicas a ações de estado de direito, entendem que a manifestação das agências jurídicas tem o dever de limitar e conter as manifestações de um estado de polícia. A contenção e a superveniência do estado de direito sobre o estado de polícia é condição necessária para sua afirmação como tal (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 52).

Por essa razão é que uma teoria negativa (agnóstica) de uma função evidente ganha espaço e sustentação. É fundamental, pois, que limite ao máximo o poder punitivo exercido por agências não jurídicas a fim de que possam preservar a integridade de bens jurídicos individuais e coletivos de seus habitantes. Nesse sentido:

> El modelo de derecho penal con una única dimensión procesal y agnóstica, además de incorporar el rechazo de la violencia, permite elaborar

> un criterio jurídico que otorgue pautas para la articulación de política democráticas que nos remiten al nomos (distribución) y nos alejan de la violencia de la cultura actual sin impone otra más poderosa. (ANITUA, 2010, p. 7).

Em um cenário em que não mais esconde a realidade é que surge a teoria agnóstica da pena abordada por Eugenio Raúl Zaffaroni – no que se refere à obra *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal* –, trazendo em sua teoria crítica o conflito entre o discurso do senso comum teórico e os objetivos latentes do sistema penal. Nessa nova perspectiva, o autor enfrenta a crise de legitimidade das teorias justificadoras da pena, alegando que, em realidade, a pena não almeja alcançar nenhum dos objetivos que promete, pois, além de ser inviável – visto que o Direito Penal jamais seria instrumento capaz de impedir e diminuir a criminalidade –, ele ainda possui uma eficácia inversamente proporcional a seus objetivos declarados.

Nesse âmbito, as teorias justificadoras da pena cumprem bem seu papel de máscara legitimadora, tendo em vista que, mesmo diante do caos em que se encontra o sistema, ainda conseguem mantê-lo funcionando, fazendo com que doutrinadores e o senso comum comprem o discurso jurídico-penal oficial. Sobre a teoria agnóstica, Salo de Carvalho refere que:

> Entendida como realidade política, a pena não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição de violência e imposição incontrolada da dor. Não obstante seu caráter incontrolável, desmesurado, desproporcional e desregulado reivindica, no âmbito das sociedades democráticas, limite (CARVALHO, 2015, p. 267).

Está petrificado e impregnado, na nossa legislação e doutrina, o conceito de crimes ou delitos. A partir desse ponto, deveriam ser criminalizados todos os cidadãos, sem distinção, que realizassem a conduta descrita no tipo penal. No entanto, nota-se que apenas alguns são rotulados como criminosos, delinquentes, marginalizados, fazendo com que não se sintam parte da sociedade, tendo em vista que são tratados pelo direito repressivo como perigosos, excluídos e, portanto, os principais clientes do processo de criminalização. O uso de termologias estigmatizadoras, como destacam Hulsman e Celis, faz com que o indivíduo não se compreenda como componente da sociedade, mas externo a esta (HULSMANN; CELIS, 1997, p. 95).

Como bem define Zaffaroni, em um direito penal seletivo, que não tem capacidade para encarcerar todos aqueles que efetivamente cometem delitos – necessitando da existência da cifra oculta da criminalidade para não entrar em colapso –, a utilização de expressões como "cidadão de bem", a partir do

momento em que o autor do delito vira réu em um processo penal, automaticamente é imputada a este a figura do mal que deve ser eliminado do meio social.

Assim, o indivíduo rotulado e selecionado pelo sistema penal acaba adotando para si o papel que lhe é imputado, acabando por facilitar e aceitar, diante de sua vulnerabilidade, o processo de criminalização, foco da pesquisa da criminologia da reação social. Por outro lado, embriagado pelo empoderamento, surge o sentimento narcisista naquele a que é investido o poder de julgar. Colocando-se como responsável pela eliminação do mal, o juiz utiliza o processo penal como instrumento de segurança pública, não raras vezes buscando provas e impondo medidas cautelares de urgência como regra em detrimento da liberdade, vestindo o papel de juiz inquisidor (ROSA; AMARAL, 2015, p. 193). Em vista disso, Aury Lopes Jr., fazendo alusão à Teoria Geral do Processo, critica esse ativismo judicial no processo penal referindo que:

> O ativismo judicial mata o Processo Penal. Juiz ator, que vai atrás da prova, desequilibra a balança, mata o contraditório e fulmina a imparcialidade. Sim, aqui a situação é bem complexa... Então o que fazer? Compreender que no processo penal muita gente queimou na fogueira (a TGP não conhece *Eymerich* e o *Directorum Inquisitorum*) para chegarmos ao *in dubio pro reo*. (LOPES JR., 2016, p. 77).

Desse modo, essa distância pode facilmente ser entendida como o poder que o julgador tenha em relação ao que está sendo julgado durante o processo. Talvez tal problemática não pareça estranha ou errada, porém, cabe ressaltar que, no jogo democrático do processo, todo e qualquer poder deve ser limitado, uma vez que toda espécie de poder que possa existir nesse campo tende a ser abusiva (LOPES JR., 2016, p. 383).

Ademais, a segregação e o afastamento do indivíduo da sociedade são incompatíveis com a finalidade de ressocializar. É irracional imaginar que a ressocialização, a reeducação e a reintegração do indivíduo à sociedade surgirão a partir do afastamento deste da sociedade, tendo em vista que, além da privação da liberdade, é colocado em um ambiente hostil e de precariedade. Nessa temática, Ana Claudia Cifali *et al.* afirmam que:

> Quanto à ideia de ressocialização, relacionada à expectativa de reforma do indivíduo aprisionado para que assuma os valores dominantes da sociedade e modere seus impulsos, é fácil perceber que humilhações e sofrimentos dificilmente levarão a resultados positivos. Além disso, ainda que garantidas condições melhores, questiona-se a legitimidade do Estado para operar como instrumento de imposição de determinada moral. (CIFALI *et al.*, 2016, p. 49).

Nessa perspectiva, a seletividade do sistema não é uma falha deste, mas sim uma característica inerente a ele. Os bens protegidos juridicamente pela lei penal são construções sociais e, dessa maneira, modificam-se de acordo com o grupo social em que estão inseridos. Na sociedade capitalista, os selecionados para serem atingidos pelo sistema são aqueles que violam a propriedade privada material, o corpo da pessoa ou seus bens; no socialismo, a propriedade estatal e os bens imateriais. Assim, enquanto em uma os alvos são os pobres que furtam e roubam, na outra são os subversivos que contrariam as vontades dominantes (PASSETTI, 2004, p. 21).

No mesmo viés, cabe ainda frisar os ensinamentos de Alessandro Baratta no que se refere à incidência dos estereótipos e preconceitos impregnados no senso comum, sendo utilizados durante a aplicação da lei penal:

> Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendência de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, a individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista. A distribuição das definições criminais se ressente, por isso, de modo particular, da diferenciação social. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores. (BARATTA, 2014, p. 177-178).

Assim, é notório que a opção por uma política de encarceramento em massa, adotada como estratégia que demonstra a eficiência do sistema perante a opinião pública – na tentativa de apaziguar os ânimos daqueles que esperam a espetacularização do direito penal e processual penal –, acaba por agravar o processo de desumanização do sistema penal, tendo em vista que amplia a crença no senso comum teórico, reproduzindo, por meio do discurso oficial, a cultura do punitivismo.

A disparidade existente entre o discurso oficial transmitido e a realidade social é alarmante, fazendo com que as críticas a respeito do sistema penal ultrapassem o ponto crítico acerca da dificuldade da ressocialização, das péssimas condições dos estabelecimentos prisionais ou da falência da pena de prisão.

A discussão deve ser fomentada com o objetivo de aproximar o discurso da realidade e fornecer uma melhor resposta às situações problemáticas da sociedade, sem que a resposta venha fomentar ainda mais as ilusões que mantêm

vivo o poder de punir do Estado por intermédio de uma máquina que segrega, seleciona os que serão punidos e simplifica vidas em meros procedimentos que têm de ser cumpridos.

Negar a necessidade dessa mudança fará com que o sistema jurídico-penal apenas demonstre o seu posicionamento narcísico[6] e estimule o seu discurso. É possível deduzir que, se a academia mantiver ignorando o fato da extrema necessidade de debater de forma crítica o sistema e as instituições penais, manter-se-á a crença de que a dogmática penal deve assumir o cargo de garantidor do futuro da civilização por meio da tutela penal de gerações futuras (CARVALHO, 2015, p. 198).

Há de se buscar um caminho e impulsionar o seu desenvolvimento para obter-se uma nova perspectiva e um novo olhar sobre os reais objetivos do sistema que são mascarados e encobertos por meio de tentativas de legitimá-lo, considerando-o como um mal necessário, em nome da defesa social e da paz na sociedade.

3. A criminologia[7] como uma forma alternativa para uma ampliação da visão crítica a respeito do sistema penal

Diante da falta de legitimidade do sistema penal e das diversas falências e incongruências que este aponta, assim como os fundamentos que os sustentam, também é necessário ir além da crítica e buscar soluções.

Perante essa exigência, a fomentação do estudo da criminologia crítica[8] se faz necessária como uma forma de aproximar o discurso que é empregado e

6. Salo de Carvalho define narcisismo "como a atitude resultante da transposição, para o eu do Sujeito, dos investimentos libidinais antes feitos nos objetos do mundo externo". Nesse momento sua interpretação remete à constante procura por elementos a fim de o sistema fomentar a sua falsa funcionalidade. (CARVALHO, 2015, p. 170).

7. Entende-se que a criminologia é um ramo do estudo das ciências penais e apresenta diversas vertentes. O presente artigo tem como foco de pesquisa a criminologia crítica, tendo em vista que, somente a partir da criminologia do conflito, e, portanto, confrontando as teorias com a realidade, será possível entender o verdadeiro objetivo do sistema penal como um dos principais mecanismos de manutenção e reprodução da dominação, das instituições e do capitalismo. Nesse sentido: "A criminologia vai empreender uma crítica radical dos fundamentos do direito penal liberal. Ela vai traçar uma história evolutiva segundo a qual o direito, a partir da criminologia, pôde enfim tornar-se uma ciência" (RAUTER, 2003, p. 25).

8. Sobre a necessidade de criticar o sistema, Fernanda Martins refere que: "a integração dogmática e criminológica sustenta um alicerce crítico necessário para constituição de um direito penal crítico, no qual se rompe com a figura abstrata do direito penal, e

disseminado com a realidade que se encontra, a fim de realizar análises verossímeis, e não mais manipuladas por um sistema de caos punitivo.

Em vista disso, preliminarmente é importante conceituar a criminologia e o seu papel no panorama da sistemática penal. A criminologia crítica pode ser considerada um estudo do sistema sob uma visão ampla e extensa, ultrapassando as ideias da criminologia positivista italiana, por exemplo, de Lombroso – principalmente na obra *O homem delinquente*, em que traçou o perfil do criminoso –, tendo como fim indagar todas as peculiaridades da máquina e de seu funcionamento.

Não obstante, a respeito dessa conceituação, Sérgio Salomão Shecaira aduz uma tentativa de conceituação para a ciência criminológica:

> Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes. (SCHECAIRA, 2014, p. 35).

Desse modo, é perceptível a preocupação da criminologia crítica em uma melhor resolução das situações problemáticas que são geradas na sociedade, inclusive demonstrando uma sensibilidade com a vítima. Tal enfoque na preocupação do estudo com a postura das vítimas é necessário ser salientado, pois muito se discute a respeito da despreocupação que o processo penal demonstra com a vítima. Entretanto, entendendo o processo penal como caminho necessário para a pena – tendo em vista que, nas palavras de Aury Lopes Jr., não existe pena sem processo, pois o direito penal não se concretiza sem o processo penal –, sua preocupação tem que se voltar ao acusado, proporcionando a este todos os direitos e garantias de um processo democrático e acusatório (LOPES JR., 2016, p. 34).

Dessa forma, desejar a maximização do direito penal a fim de atender as demandas de segurança social e fornecer uma resposta mais adequada às vítimas é apenas enganar-se comprando uma solução penal que não é nada mais que um embuste. Faz-se mais do que necessário constatar a ineficiência do direito penal em cumprir com as funções esperadas e declaradas por ele, a fim de interromper as ilusões a partir de um enfoque realista e crítico, utilizando-se da

---

o penalista supera sua postura de mero instrumento das classes dominantes" (MARTINS, 2014, p. 270).

criminologia crítica como norte a ser seguido. É preciso reconhecer que não é a existência do sistema penal que poderá fornecer àquele que sofre a transformação interior de que possa necessitar (HULSMANN; CELIS, 1997, p. 119). Ademais, a crença de que o direito penal é único e principal instrumento de defesa social vem ao encontro dos ideais autoritários, remontando ao catastrofismo para justificar e fomentar práticas punitivistas, afastando do problema as soluções diante da implementação do direito penal de urgência. Nessa perspectiva, salientam Alexandre da Rosa e Augusto do Amaral que:

> É claro que os viciados em punição e que apostam suas fichas no Direito Penal, num país com a terceira posição no *ranking* mundial de segregados, pensam que se prende pouco. Esses deveriam entender que o Direito Penal não pode dar mais do que se pede a ele, ou seja, o Direito Penal sempre chega atrasado e não possui os efeitos que promete. O Direito Penal engana quem deseja ser enganado. (ROSA; AMARAL, 2015, p. 175).

Fugindo das ilusões, é preciso que os conceitos adotados pela criminologia positivista sejam extirpados, repensando o amparo racista, seletivo, estigmatizante, em que a criminologia tradicional vem servindo ao direito penal. É inegável a necessidade de as agências de reprodução de ideologia tomarem para si o estudo da criminologia crítica como forma de fomentar mudanças significativas que se aproximem da realidade social, transformando o senso comum teórico e desmistificando o discurso jurídico-penal oficial.

É inadmissível que a academia não seja a instituição fomentadora de questionamentos e indagações a respeito da falta de legitimidade do discurso penal demonstrados, por exemplo, nos manuais e livros esquematizados. Permanecer estancado em meras críticas e, além disso, estimular o discurso que é afastado da realidade acabam por legitimar um sistema defeituoso e ignorar o problema.

Assim, o uso da criminologia como base sustentadora do discurso jurídico-penal é algo a ser deixado para trás. Dessa forma, a criminologia crítica é necessária para desmascarar a realidade do sistema penal e indicar as heranças da criminologia positivista que perpetuam no sistema, além de propor soluções para ele. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni, entendendo a necessidade da criminologia crítica para a concretização da democracia aduz que:

> (...) a criminologia deve depender da democracia, contribuindo para aprofundá-la, para aprofundar a participação através da democracia participativa. E uma criminologia tem de se aproximar da realidade através desta conclusão teórico sincrética, mas no sentido da contenção da violência do sistema, no sentido de indicar os métodos de detenção às campanhas de lei e ordem periódicas, no sentido de indicar para os políticos e agentes como

> deter ou interromper a reprodução da violência, mas em sentido realista. (ZAFFARONI, 1989, p. 171).

Assim, somente após enfrentar a crise de legitimidade do sistema penal é que se torna possível perceber que a brutalidade e a violência são consequências óbvias do sistema, fazendo com que os selecionados no filtro das agências de controle sofram um processo doloroso de criminalização. Dessa forma, faz-se necessário que caminhos sejam abertos para soluções e teorias que se responsabilizem com a realidade, tais como a teoria agnóstica da pena, o minimalismo penal e o abolicionismo, o qual traz como alternativa a justiça restaurativa.

Identificando o uso extremo da força penal para inúmeras situações do cotidiano social e a hostilidade com que o sistema ataca aqueles que por ele são taxados de culpados, Luigi Ferrajoli, em *Direito e razão:* teoria do garantismo penal, encontra o modelo limitador e legitimador da pena por meio de um direito penal mínimo e garantista.

Há, então, a necessidade de reduzir o campo de atuação do direito penal para este ser utilizado como a *ultima ratio* do direito e apenas abarcar situações entre as quais nenhuma outra área encontrou recursos para resolver[9]. Ademais, a necessidade de preservar os direitos e as garantias individuais dos cidadãos e garantir a estes uma minimização da violência e maximização das liberdades, gerando uma humanização e racionalização do sistema (FERRAJOLI, 2014, p. 102).

O autor supracitado, assim, encontra legitimidade no sistema penal por intermédio de uma limitação em sua atuação e de um comprometimento em fornecer condições dignas aos que caem na máquina criminal. No entanto, a mera afirmação da adoção do sistema penal acusatório democrático garantista não legitima, por si, a manutenção do direito repressivo. A uma, porque o direito penal garantista somente se perfaz quando constitucionalmente interpretado, ou seja, como respeito às garantias e às regras do jogo do devido processo legal –, visto que o garantismo só tem eficácia quando em um processo acusatório e em uma sociedade democrática; a duas, pois a aplicação do garantismo deve

9. Basta utilizar como exemplo a conduta tipificada como crime, presente no artigo 306 da Lei 9.503/1997 (BRASIL, Lei 9.503/1997, art. 306), embriaguez ao volante. Tal ação é classificada como crime quando poderia haver uma sanção administrativa ou qualquer outro tipo de conciliação que ocasionaria uma melhor resolução ao problema e não necessitaria adentrar no burocrático e espantoso sistema penal. Visualiza-se então que nem sempre o direito penal participa como última opção e atua minimamente nas lides cotidianas.

ultrapassar o processo, e a pena também deve ser tomada pelas garantias constitucionalmente asseguradas. Dessa forma, dizer que se adota o garantismo é tornar eficazes os princípios e as regras processuais constitucionais, lembrando que o processo penal serve para assegurar as devidas garantias ao acusado, jamais podendo ser visto como empecilho para o alcance das práticas repressivas.

O que vem ocorrendo é que, embora o direito penal esteja inserido em um Estado Democrático de Direito, são interpretações autoritárias e arbitrárias das regras do jogo, relativizando o garantismo em detrimento da segurança e defesa social, tais como a adoção da instrumentalidade das formas, da teoria geral do processo (ausência de uma teoria própria do direito processual penal), da relativização do princípio da inocência, do aumento das prisões cautelares, entre outros. Nesse âmbito reflete Aury Lopes Jr. que:

> (...) no processo penal existe exercício condicionado e limitado de poder, sob pena de autoritarismo. E esse limite vem dado pela "forma". Portanto, flexibilizar a forma é abrir a porta para que os agentes estatais exerçam o poder sem limite, em franco detrimento dos espaços de liberdade. (LOPES JR., 2016, p. 79).

A crença nas ilusões de que mudanças são possíveis dentro de um sistema doloroso de manutenção das instituições de dominação impede que o garantismo, como instrumento de limitação do poder punitivo, resolva a crise de legitimidade do sistema penal. Até porque, ainda que as regras do jogo fossem inteiramente respeitadas dentro do processo penal, o minimalismo como fim não é capaz de tornar legítima a pena, tendo em vista que os objetivos latentes do sistema penal continuariam produzindo uma eficácia inversa aos objetivos declarados.

Nessa perspectiva, o minimalismo penal deveria ser visto como meio para alcançar, de forma utópica, o abolicionismo penal, utilizando-se cada vez menos de práticas punitivas para solucionar as situações problemáticas cotidianas classificadas como crimes.

Nesse norte, a teoria abolicionista surge como meio alternativo para resolver, ou ao menos minimizar, os atos indesejáveis que ocorrem no meio social. O criminólogo holandês Louk Hulsman defende uma abolição de todo o sistema penal, criticando, entre tantos, a rotulação dos bons e dos maus da sociedade, a burocracia, a exclusão gerada pelo sistema e a violência usada por este. Com base nisso, defendem Louk Hulsman e Jacqueline Celis:

> Estas pessoas concretas, que, em sua imensa maioria, intuem que há alguma coisa de louco e de insuportável em nossa justiça criminal, por outro lado,

> a não ser que tenham estado, algum dia, elas mesmas presas no labirinto penal, ignoram como realmente funciona o SISTEMA. Convém informá-las, pois quando estes homens e estas mulheres compreenderem o peso que essa máquina de punir e excluir, herdada de séculos passados, faz recair sobre nossas sociedades, não se encontrará mais ninguém que avalize um tal sistema. Neste dia, uma verdadeira consciência popular reivindicará sua abolição (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 56).

Verificada então, a necessidade de se abolir[10] o sistema, precisa-se, além disso, de um afastamento de qualquer característica que possa recordar uma herança punitiva, repressiva e inquisitorial na resolução de situações problemáticas que envolvem pessoas da sociedade. Como bem lembra Alessandro Baratta, nesse ponto, a solução das alternativas deve estar fora do direito penal, tendo em vista que soluções trazidas dentro deste somente mascarariam e fomentariam práticas punitivas; ou seja, as alternativas têm que ser vistas fora de um ambiente punitivo, sob pena de substituir o sistema penal por outro ainda pior (BARATTA, 2014, p. 222). É por isso que, quando se fala em mudanças, não se fala em substitutos penais, mas sim em alternativas ao sistema penal.

Dessa forma, se o direito penal não cumpre com suas funções declaradas, tampouco é capaz de assegurar a proteção dos bens jurídicos elencados na norma penal bem como é principal provedor da desigualdade, descumprindo os direitos e as garantias fundamentais constitucionalmente assegurados a partir da violação dos direitos humanos, não restando outra alternativa senão diminuir sua incidência, em busca da radical e utópica solução, que é o abolicionismo penal (BARATTA, 2014, p. 221).

Para isso, faz-se imprescindível o surgimento de um modelo alternativo ao sistema penal que atue como instrumento de resolução para os conflitos que continuarão acontecendo, visto que estes são inerentes à sociedade, porém, com maior preocupação com a solução e os indivíduos que estão na situação conflituosa.

4. As *Community Boards* como alternativa ao sistema penal

Em vista da necessidade de se buscar meios alternativos para resolver os conflitos existentes na sociedade, uma vez que constatada a deslegitimidade e

10. Segundo Eduardo Passetti: "O abolicionismo penal é uma vertente libertária que investe na crítica à punição e que encontrou, no século XX, soluções livres de utopias, presentificando a atuação. Obteve ressonâncias a partir da II Guerra Mundial para acuar o direito penal e questionar os princípios de uma sociabilidade autoritária pautada na centralidade de poder" (PASSETTI, 1999, p. 61).

a possibilidade de extinção do sistema penal, é preciso que se busquem novas formas de soluções de conflitos.

Em um panorama atual, o Poder Judiciário vem depositando muita confiança nas disciplinas de mediação, arbitragem e conciliação para determinadas lides do meio social, com o intuito de não recorrer ao processo penal para solucionar o problema.

Essas alternativas despenalizadoras visam impedir o início do processo penal, por meio da recomposição do conflito entre o autor e a vítima, que surgiu a partir do cometimento de um delito de menor potencial ofensivo.

No entanto, ao aplicar como alternativa ao processo penal, é necessário se ater aos direitos e às garantias individuais, principalmente do autor do delito, sob pena de supressão de um direito penal – tecnicamente garantista – em vista de um direito autoritário e inquisitivo.

Sabe-se que o consenso no processo penal, como bem lembra Rubens Casara, é mais um mito imposto pelo discurso jurídico-penal que mascara seus objetivos latentes com justificações bondosas e de celeridade processual. Dessa forma, a mediação, a arbitragem e a conciliação no direito penal nem sempre são um caminho válido para solucionar as situações problemáticas tidas como crime. Nesse âmbito, o autor menciona que:

> O procedimento abreviado para chegar ao consenso também desonera o Ministério Público em seu dever de provar os fatos descritos na denúncia, afastando-se assim a dimensão probatória do princípio constitucional da presunção de inocência. Tem-se pena sem prova (sem a necessidade de que o Ministério Público faça prova) e, em consequência, sem contraprova. (CASARA, 2015, p. 191).

Assim, a partir do momento em que implementa o consenso no processo penal com a ideia de celeridade e desafogamento do Poder Judiciário, impondo a abertura do processo penal, acaba ferindo, mais uma vez, o contraditório e a ampla defesa bem como os princípios basilares do direito processual penal democrático. Isso porque não pode haver consenso entre partes desiguais, quais sejam, Estado e acusado, visto que não há igualdade entre as partes e não se pode barganhar com direitos e garantias inerentes ao devido processo legal. Nessa senda, com a finalidade de fazer o autor do delito aceitar as propostas oferecidas pelo Ministério Público, o processo penal torna-se ameaça e a pena um destino certo àqueles que não desejam aceitar a aplicação das medidas penais sem o amparo do contraditório.

Assim, embora chamadas de medidas despenalizadoras, as condições impostas tanto na transação penal como na suspensão condicional do processo

não passam de pena sem processo, tendo em vista que as condições impostas são equiparadas às penas restritivas de direitos.

Nesse ponto, é pertinente mencionar a Lei 9.099/1995, a qual, tendo como princípio a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (BRASIL, Lei 9.099, 1995, art. 2°), relembrando o processo inquisitorial, vem retirar o dever do órgão acusador de apresentar as provas necessárias à condenação do autor do delito bem como de defender-se.

Nesse sentido, o que ocorre em um processo que tramita nos termos da Lei 9.099/1995 é a total supressão do processo democrático, com a aplicação de uma pena sem discussão de culpa e sem apresentação de provas. Ademais, a aplicação de qualquer medida repressiva sem a existência do processo penal torna-se inconcebível na medida em que este é instrumento para a satisfação das formas e garantias inerentes ao sistema acusatório. Com a abreviação do processo e as garantias, essas reformas trazidas, principalmente, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, surgem justificações teóricas de:

> (i) sumarização e aceleração de procedimentos; (i) mitigação da obrigatoriedade da ação penal; (iii) possibilidade de negociação monetária (conciliação) e inclusão de maneira equivocada da vítima no processo penal; (iv) suspensão condicional do processo, transação penal, delação premiada e leniência; (v) aplicação de discursos consequencialistas no campo do direito e do processo penal; (vi) discussão sore os custos do processo e da pena; (vii) restrição recursal. (ROSA; AMARAL, 2015, p. 158).

É perceptível, então, mesmo dentro das alternativas trazidas com promessas de melhorias, a insistência em modelos que não tenham por finalidade extinguir as heranças punitivas e cruéis do sistema penal, as quais não ocasionarão uma mudança significativa ou uma alternativa legítima. Ao contrário, vestidas de benefícios ao acusado, essas medidas tentam burlar as regras impostas pelo devido processo legal, satisfazendo de imediato a pretensão acusatória sem o ônus probatório.

Em razão disso, Louk Hulman, autor abolicionista, expõe as cinco perspectivas que uma sociedade tem das situações problemáticas que ocorrem. A fim de um melhor entendimento, ele utiliza uma parábola de cinco estudantes que residem na mesma casa, entre os quais um realiza um ato indesejável que prejudica o grupo. Nesse momento, enquanto o primeiro colega de quarto o manda se retirar da casa, o segundo aduz que, para permanecer, precisa compensar o dano causado. Não obstante, o terceiro colega aduz que ele precisa ser tratado e, por último, o quarto estudante afirma que o seu amigo precisa ser compreendido e escutado, a fim de conciliar a situação (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 99).

Dessa maneira, nota-se que essas são as reações possíveis ao delito. Os estilos punitivo, compensatório, terapêutico e conciliador, apresentados pelos estudantes, demonstram modos como a sociedade receberia o ato indesejável. Assim, denominar um fato como crime, encontrando apenas uma reação para repreendê-lo, é focar o olhar apenas no estilo punitivo. Entretanto, esse estilo não soluciona o problema, visto que, sem a participação das pessoas realmente envolvidas, como a vítima e o acusado vistos como sujeitos, e não como objetos no processo, seria impossível resolver-se de forma concreta e humanizada. Nesse aspecto, Maria Lúcia Karam *et al*. revelam que:

> O ampliado poder punitivo, alimentado pelas totalitárias propostas de substituição da liberdade por segurança; pelas ideias que colocam a ordem acima da dignidade e das vidas de seres humanos; pelos perversos, inúteis e autodestrutivos desejos de vingança; é pelas nocivas ilusões acerca do sistema penal, globalmente submete mais e mais indivíduos à violência, aos danos e às dores da prisão (KARAM *et al.*, 2012, p. 87).

Sob essa perspectiva, as *Community Board* podem ser consideradas uma das melhores e mais promissoras formas de alternativa ao sistema penal com o intuito de dar uma solução mais humana e benéfica para as partes envolvidas, atendendo os interesses e particularidades do caso.

As *Community Boards*, expressão americana que pode ser traduzida como Conselhos da Comunidade, são comissões formadas *ad hoc*, compostas de membros que são selecionados de acordo com as pessoas que estão enfrentando uma lide. No caso de um conflito surgir entre um homem e uma mulher, há de se ter um homem e uma mulher na comissão. Do mesmo modo, caso o conflito seja entre um comerciante e um garoto, deve ser observada a presença de um comerciante e um garoto na comissão (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 134).

Ademais, a ideia básica dessa alternativa é a de que os membros da comissão sejam pessoas que tenham uma proximidade com o conflito apresentado. Nesse modelo, os conciliadores não são preparados para resolver conflitos de forma padrão e pré-pronta, não sendo treinados para propor soluções que não recompõem o conflito gerado pelo crime. Ocorre que o objetivo principal é que as pessoas encontrem a natureza do conflito, escutem umas às outras e, posteriormente, decidam o que será feito.

De acordo com Louk Huslman, existem diversos relatos a respeito das *Community Boards*, nos quais descrevem que o sistema funciona bem e, além disso, com o uso desse sistema de solução de conflitos, cada vez mais pessoas vão se tornando conciliadoras. Em longo prazo, a comunidade inteira se torna mais conciliadora, fora de toda institucionalização.

Com a intensificação e a fomentação desse procedimento para a resolução das lides sociais, tanto em relações interpessoais quanto em conflitos coletivos, é possível maximizar o espírito de solidariedade entre a comunidade. Nessa perspectiva, recorda-se que, desde os estudos da criminologia sociológica, foi verificado que um dos motivos do aumento da criminalidade estava, entre outros fatores, relacionado à ausência dos laços sociais e solidariedade entre a comunidade. No entanto, o que se fez para solucionar a criminalidade foi apenas afastar ainda mais os marginalizados do seio social aumentando o controle formal do crime. [11]

Dessa forma, dentro da busca de novos meios para a solução dos conflitos, bem como para a diminuição da violência causada pelo sistema penal, é possível a instauração dessas organizações de encontros entre vítima, autor da situação problemática e sociedade, como as *Community Boards* – principalmente dentro dos crimes de menor potencial ofensivo –, permitindo maior humanização no que envolve a resolução de conflitos, além de proporcionar uma proximidade com as diferentes partes envolvidas sem que haja violação dos direitos da vítima e/ou autor do delito. Isso porque o atual modelo de consenso entre autor e Estado, além de suprimir direito e garantias processualmente assegurados, aplicando-se pena sem processo, de regra geral não oferece à vítima a reparação do dano causado bem como gera um sentimento de injustiça em relação ao autor do delito, que não poderá discutir os fatos descritos na denúncia se aceitar a proposta oferecida pelo Ministério Público, além de sentir-se coagido a fazê-lo, sob pena de ser penalizado de forma mais gravosa.

5. Considerações finais

A partir do momento em que se percebe que o Estado se utiliza do direito penal para manter as instituições de dominação, manipulando a violência, a vingança canalizada e institucional, percebe-se que, na realidade, as propostas declaradas pelo discurso jurídico-penal não condizem com os objetivos latentes, produzindo uma eficácia invertida do direito penal. Isso porque esses objetivos latentes estão escondidos em mitos perfectibilizados por meio das teorias

11. Como exposto por Shecaira (2014, p. 135), a explosão de crescimento da cidade, que se expande em círculos do centro para a periferia, cria graves problemas sociais, trabalhistas, familiares, morais e culturais que se traduzem em um fermento conflituoso, potencializador da criminalidade. A inexistência de mecanismos de controle social e cultural permite o surgimento de um meio social desorganizado e criminógeno que se distribui diferenciadamente pela cidade.

da pena. Assim, de forma sutil aos olhos daqueles que não querem enxergar, o direito penal vem retirando da sociedade aqueles rotulados como indesejados em uma sociedade de consumo, impondo soluções para os delitos que não só não impedem, mas fomentam a criminalidade e a violência.

A seletividade, a burocracia, o descaso para com os direitos humanos, a violação dos direitos e das garantias constitucionais e, sobretudo, o genocídio causado pelas agências de controle do delito na tentativa infrutífera de combater a criminalidade são consequências inerentes ao direito penal que atua na obscuridade. A conjuntura punitivista e o falso discurso que legitima o sistema não encontram amparos para existir e agem de forma a esconder os reais problemas e simplificar as soluções para um fenômeno imensamente complexo, visto que a realidade do discurso é insuportável dentro de uma sociedade que se diz democrática.

Não obstante, constata-se, por meio do presente artigo, que o sistema penal e a dogmática penal não merecem mais ser espaços de depósito de fé para solucionar os problemas da sociedade. A crítica tem que ultrapassar a insurgência contra as péssimas condições carcerárias, devendo ser adotada a criminologia radical como instrumento necessário para romper com o discurso jurídico-penal oficial bem como com a criminologia positivista e sociológica que o amparam.

Nesse contexto a criminologia crítica atua como ciência que deve ser levada em consideração pela dogmática jurídico-penal, desafundando o direito penal do narcisismo, fugindo do senso comum teórico que sustenta as práticas punitivistas e impede que mudanças efetivas na conjuntura penal sejam realizadas. Assim, o direito penal material e processual e a política criminal não podem fechar-se em sua própria cientificidade, devendo buscar auxílio na criminologia crítica, preocupando-se com a realidade e fugindo do enfoque do direito penal amparado nas criminologias positivistas e sociológica.

Há a necessidade, então, de fomentar o estudo da criminologia na academia, pois não é mais admissível que a agência de reprodução de ideologias contribua para a legitimidade do sistema penal embasado em um discurso ultrapassado da criminologia tradicional, evitando a quebra de paradigma trazido pela criminologia da reação social e da criminologia crítica. Visualizar o erro e as falhas e ocultá-los é uma afronta a uma sociedade que visa caminhar para o progresso.

Diante disso, é apenas por intermédio do estudo da realidade em que está inserido o sistema repressivo, desvelando sua real finalidade, que se poderão encontrar alternativas que não têm por objetivo perpetuar com o ideal pu-

nitivista de violência e vingança institucionalizada. Faz-se necessário que se adotem alternativas ao direito penal de atrocidades, com soluções efetivas, mais humanas, fazendo com que a sociedade se aproxime do cárcere e se sinta responsável pelos conflitos, diminuindo a desigualdade e a rotulação do outro.

Com o uso da criminologia crítica e por meio de uma vertente abolicionista, embora utópica, torna-se viável que se continue caminhando para que melhorias sejam alcançadas. De qualquer forma, tornando público e evidente aquilo que não pode ser dito sobre o sistema penal, traduz-se irracional a manutenção deste, por ser mantido por um discurso enganoso.

No entanto, o abolicionismo penal não é instrumento aplicável de forma imediata, tendo em vista que a sociedade vive em uma cultura punitivista enraizada e consolidada em uma cultura capitalista de seletividade, de imposição do medo – fazendo com que o direito penal se torne necessário para manter o *status quo* de dominação de alguns sobre outros e, acima de tudo, o discurso jurídico-penal oficial cumpre muito bem o papel de legitimar o sistema penal, fazendo com que a sociedade acredite nele –, impossível seria suprimi-lo da noite para o dia. Não obstante, algumas alternativas podem ser postas em prática, principalmente no que concerne aos delitos de menor potencial ofensivo, abarcados pela Lei 9.099/1995.

Ademais, com a intenção de propor uma solução à crítica que restou apresentada, o conceito de Conselhos da Comunidade, conhecidos como *Community Boards*, aparece como forma mais plausível e possível de ser executada a fim de chegar ao objetivo esperado, qual seja, romper com as estruturas violentas e punitivas do sistema penal e gerar soluções civilizatórias, refazendo os laços de solidariedade.

Por derradeiro, imprescindível retirar do meio social a ideia de que o direito penal é o único meio de combate à criminalidade; aos poucos se fomentará uma cultura de conciliação e resolução de conflitos que não necessite da intervenção punitiva, dando outro viés para o conflito, procurando solucionar a sua causa e aumentar o nível conciliatório e solidário, por meio do controle informal comunitário.

6. Referências bibliográficas

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

ANITUA, Gabriel Ignacio. El enfoque cultural y la comprensión del sistema penal en su integridad. *In:* ANITUA, Gabriel Ignacio. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2010. p. 3-33.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Brasil. Lei n. 9.099/1995, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm]. Acesso em: 24.09.2016.

Brasil. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm]. Acesso em: 19.09.2016.

Brasil. Exposição de motivos n. 211 do Código de Penal de 9 de maio de 1983. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html]. Acesso em: 27.09.2016.

Brasil. Exposição de motivos n 212 do Código de Processo Penal de 9 de maio de 1983. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html]. Acesso em: 27.09.2016.

BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da pena*: do discurso jurídico à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Estudos Ibero-Americanos*. Porto Alegre, n. 2, Edição Especial, p. 61-85. 2006.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CIFALI, Ana Claudia *et al*. *Cárcere em imagem e texto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. 2. ed. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro, 1997.

KARAM, Maria Lúcia. *A privação da liberdade*: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KARAM, Maria Lúcia *et al*. *In*: KOSOVSKI, Ester; BATISTA, Nilo (org.). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Fernanda. Violência, crime e segurança pública: a resistência do controle penal à crítica da deslegitimação na Revista de Direito Penal e Criminologia. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais*. Porto Alegre, v. 6, p. 262-279. 2014.

PASSETTI, Eduardo. *Curso livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PASSETTI, Eduardo. *Sociedade de controle e abolição da punição*. *Perspect*. São Paulo, v. 13, n. 3. 1999.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da punição*: a ostentação do horror. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba. ICPC: Lumen Juris, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequência*. Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Função da criminologia nas sociedades democráticas. Tradução de Paulo Augusto Monte Lopes. *Fascículos de Ciências Penais*. v. 2, n. 11, p. 163-176. nov. 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A involução pós-moderna do sistema penal, de Sergio Moccia e Rogério Fernando Taffarello – *RBCCrim* 100/41-53 (DTR\2013\409);
- Abolicionismo e terceira velocidade do direito penal: conclusões possíveis, de Vinicius de Toledo Piza Peluso – Ciências Penais 13/350-366 (DTR\2010\623);
- Acesso à justiça penal: desigualdade e garantismo, de Fernando Antônio Calmon Reis – *RBCCrim* 101/157-179 (DTR\2013\2657); e
- Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade, de Evandro Piza Duarte – *RBCCrim* 130/203-235 (DTR\2017\659).

A sociedade do controle e o controle da violência escolar: uma crítica a partir da teoria do reconhecimento

Society of control and violence control school: a critical recognition from theory

José Francisco Dias da Costa Lyra

Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Professor de Direito Penal IESA-Santo Ângelo. Professor de Direito Processual Penal URI-Santo Ângelo. Mestre em Direito pela UNIJUÍ-RS e Especialista em Direito pelo IESA-Santo Ângelo e UNIJUÍ-RS. Juiz de Direito.
JFDCLyra@tj.rs.gov.br

Márcio Rogério de Oliveira Bressan

Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI. Promotor de Justiça.
bressan@mp.rs.gov.br

Recebido em: 23.09.2016
Aprovado em: 31.10.2016
Última versão autor: 07.02.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo aborda, para além da arquitetura jurídica, as implicações sociológicas da violência escolar, assinalando que essa pode ser a forma de manifestações de ressentimentos e inconformidades de determinados alunos, os quais, em face do reconhecimento negado, extravasam, pela violência e pela agressão, na busca de visibilidade social, todo seu sofrimento. Dito de outro modo, a violência manifestada no ambiente escolar pode ser uma tradução de maus-tratos, negação de direitos ou, até mesmo, de uma degradação sofrida pelo aluno. Por isso, a escola, como estrutura fundamental à implantação da cidadania, em uma prática democrática, e não como mero instrumento de controle e vigilância, deve gerir o conflito intersubjetivo de

Abstract: The paper discusses, in addition to the legal architecture, the sociological implications of school violence, noticing that this may be the form of resentment and conformity demonstrations of certain students who, in the face of denied recognition, spill, by violence and aggression, in the pursuit of social visibility, all your suffering. In other words, violence manifested in the school environment may be a translation of maltreatment, denial of rights or even a degradation suffered by the subject-student. Therefore, school as a fundamental framework to citizenship implementation, in a democratic practice and not as a mere instrument of control and surveillance, should manage the intersubjective conflict over a non-punitive way,

Lyra, José Francisco Dias da Costa; Oliveira Bressan, Márcio Rogério de. A sociedade do controle e o controle da violência escolar: uma crítica a partir da teoria do reconhecimento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 132. ano 25. p. 247-286. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017.

forma não punitiva, a fim de não reproduzir a violência imperante na sociedade.

Palavras-chave: Violência escolar – Teoria do reconhecimento – Disciplina – Sociedade do controle.

in order to not reproduce the prevailing violence in society.

Keywords: School violence – Recognition theory – Discipline – Society of control.

Sumário: 1. Introdução. 2. A escola e seu saber disciplinador: da disciplina à vigilância. 3. A escola e sua violência institucional. 4. A violência escolar: uma leitura pela luta por reconhecimento. 5. A luta por reconhecimento no espaço escolar: uma nova leitura da violência e da indisciplina. 6. Algumas considerações finais. 7. Referências.

Inauguram a violência os que oprimem, os que exploram, os que não se reconhecem nos outros; não os oprimidos, os explorados, os que não são reconhecidos pelos que os oprimem como outro.

Paulo Freire

1. Introdução

A família, na sua missão de educar e socializar o indivíduo, foi, ao longo da história, perdendo paulatina e progressivamente a centralidade da sua função para instituições mais especializadas, especialmente para a figura do Estado-Nação, que emergia na transição da antiguidade para a modernidade, fruto de diversas transformações econômicas e sociais, especialmente com o ingresso da mulher no mundo do trabalho. Nesse cenário de consolidação do Estado, a escola se apresenta como um local estratégico, não só propiciando a universalização do conhecimento, antes recluso ao clero e as classes abastadas, senão se convertendo em uma instituição importante na construção da cidadania florescente.

A escola, apesar da sua gênese voltada para a formação de cidadãos, com o caminhar dos séculos, como advertiu Foucault[1], transformou-se radicalmente, subordinando-se ao modelo de disciplinarização adotado com o advento do capitalismo e do pensamento liberal burguês (que, de resto, forjou as bases ideológicas e racionais para as demais instituições fechadas, tais como: a família, a fábrica, o hospital, a caserna e a prisão), convertendo o saber em técnica de poder[2], voltando-se para a produção de indivíduos *adestrados* e à *docilização*

1. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
2. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Trad. Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

da rebeldia e da desobediência, como forma de submeter os corpos e as mentes à lógica das relações de poder preponderantes[3]. Na atualidade, apesar de não se apresentar como uma instituição tão fechada ou totalitária como outrora, a escola vem desempenhando uma função estratégica dentro do modelo de vigilância e controle, como realça Deleuze[4], quando refere que o controle é o sinal da sociedade moderna.

E é no âmbito desse modelo de escola que se insere o debate acerca da violência e da indisciplina, que de há muito deixou de ser uma problemática de interesse exclusivo daqueles que labutam nas lides educacionais, tornando-se um grave problema social, o que tem desafiado diferentes áreas do conhecimento a se debruçar e a refletir sobre o tema.

Com efeito, a violência escolar, como manifestação do conflito social, é um acontecimento complexo, multicausal e multidimensional, que, em uma visão simplista e redutora do fenômeno social, tem sido associada à criminalidade e à agressividade que despontam no perímetro escolar, envolvendo especialmente alunos, e/ou vitimando professores e funcionários, ou, ainda, vinculando-a a outros fenômenos comportamentais como formação de "gangues", consumo de drogas, depredação do patrimônio. Entretanto, tal visão reducionista não percebe outra classe de violência, que não incide sobre o corpo ou o patrimônio, mas, sim, sobre a consciência e as relações intersubjetivas, reprodutora das condições sociais desiguais e das relações de poder que fomentam o conflito, que é aquela originária das próprias instituições de ensino, a partir das práticas de disciplinarização, vigilância e controle. Nesse cenário, tem-se que determinadas atitudes, atualmente etiquetadas como de agressão, de transgressão, de rebeldia, ou de desafio à pauta de convívio ou a ordem estabelecida pelas escolas, traduzem, simplesmente, uma reação sintomática de parcela dos atores escolares a essa *violência velada* de controle e dominação, como expressão de luta por reconhecimento por direitos e por respeito, remetendo-se a uma nova noção do que seja violência ou indisciplina.

No presente ensaio, proceder-se-á uma análise crítica da denominada *violência escolar,* procurando-se demonstrar que a escola também pode funcionar como mero instrumento de disciplina e controle e, portanto, reprodutora da

3. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

4. DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2008. p. 219-225. Ver, também, DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2005. p. 97-126.

violência e exclusão que se dá em outros sistemas sociais, especialmente o econômico e o cultural, dentre outros, mormente pelo fato de que, no final das contas, é instrumento de controle dos corpos e individualidades, necessitando tomar conta disso e exercer uma espécie de autocontrole. Por outro lado, sob esse aspecto, a escola sofre os influxos de determinadas *patologias sociais,* muito bem identificadas por Axel Honneth[5], quando detecta, nas sociedades atuais, *uma rigidez de pensamento* ou *pensamento único* de se deslocar para o âmbito do Direito toda a conflituosidade que deságua da sociedade, perdendo de vista que o sistema do Direito (centrado em direitos subjetivos e, pois, individuais), em muitas oportunidades, implica a postergação da solução consensual e deliberada dos problemas sociais. Assim, a escola, no afã de controlar, premida por dita patologia, pode, não raro, na *punição* de alunos infratores e rebeldes, produzir a sua própria violência. É isso que se pretende enfocar no trabalho, ou seja, que uma *judicialização do conflito escolar* acarreta uma reificação do conflito. Logo, num primeiro momento, tratar-se-á da transição da disciplina ao controle, como técnica de gestão dos corpos e formação de subjetividades, para se chegar à análise crítica da violência, buscando construir uma nova eticidade dentro da microfísica escolar.

2. A escola e seu saber disciplinador: da disciplina à vigilância

A sociedade moderna, herança do iluminismo do século XVIII, desvelou-se como a sociedade que descobriu a liberdade e a autonomia do homem, tão caras ao Estado de Direito, sendo, entretanto, responsável pela invenção da disciplina como forma de buscar o controle sobre o corpo social. Em uma palavra, a *Ilustração* surgiu como um pensamento libertador do homem, mas, no paradoxo, também inventou a biopolítica do controle, submetendo-o ao regramento do incipiente sistema capitalista econômico[6-7], a demonstrar que

5. HONNETH, Axel. *El derecho de la liberdad:* esbozo de una eticidad democrática. Buenos Aires: Katz, 2014. p. 119-129. Para Honneth, *patologia social* se relaciona com certos acontecimentos sociais que levam a uma deterioração das capacidades racionais dos membros da sociedade de participar, de formas decisiva, na cooperação social.
6. FOUCAULT, Michel. *Sobre a ilustração*. Trad. Javier de la Higuera, Eduardo Bello e Antonio Campillo. Madrid: Tecnos, 2003. Ver, de igual sorte, ESPOSITO, Roberto. *Bíos*: biopolítica y filosofia. Trad. Carlo R. Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.
7. ADORNO, Theodor W. *Dialética negativa*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 117-177.

os avanços humanitários conquistados pela sociedade integravam as bases estratégicas de uma nova forma de exercício de poder.

Por conta disso, há largo tempo, a disciplina tem sido empregada como mecanismo de controle dos indivíduos que compõem os diversos estamentos societários. Com efeito, diversos estudos têm evidenciado que as instituições, em geral, adotam os mecanismos disciplinares para garantir a vigilância e o controle e, com isso, lograr maior efetividade e *performance* de seus membros, de molde a responder e a corresponder às necessidades do modelo econômico vigente.

Estando a escola inserida nesse contexto sociocultural, está ela impregnada, porque não dizer, dominada, por esse mesmo mecanismo disciplinar de controle social, apresentando-se como uma nova tecnologia ou um dispositivo a serviço do poder, orientada ao completo controle do indivíduo. Michel Foucault foi um dos pensadores que observaram e teorizaram sobre tais técnicas de dominação, denominando-as de *sociedades disciplinares*, situadas entre os séculos XVIII e XIX, com o ápice no princípio do século XX[8]. Ao lançar seus estudos sobre a genealogia do poder e sobre os sistemas de controle social, Foucault, notadamente nas obras *Vigiar e punir*: a história da violência nas prisões e *A verdade e as formas jurídicas*, defendeu que as relações de poder dentro das instituições, na família, na escola, nas prisões ou nos quartéis, foram marcadas por um novo modo de governar os indivíduos e de produzir subjetividades – a disciplina –, cujo objetivo principal era a produção de corpos dóceis, eficazes economicamente e submissos politicamente[9].

Para atingir esse objetivo, a partir do final do século XVIII, tais *sociedades disciplinares* modificaram substancialmente a visão acerca do corpo do indivíduo e das relações de dominação, distribuindo-os no espaço por meio de técnicas de isolamento e/ou de organizações hierárquicas de lugares específicos, devidamente controlados, o que permitia que a aprendizagem fosse devidamente normatizada e as forças, organizadas, de forma a obter um aparelho eficiente.

Se antes as sociedades baseavam-se em um tipo de controle e vigilância repressora, coativa, coercitiva, que usava a força física para impor limites, no qual

8. Ver, nesse particular, LYRA, José Francisco Dias da Costa. As mutações do leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: edificação da sociedade de controle e a criminologia do autuarismo penal. *RBCCrim*. São Paulo. v. 103. jul.-ago. 2013. p. 289-321.
9. Conforme DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia*: porfordismo y control de la multitud. Trad. José Àngel Brandariz Garcia e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 53-104.

o corpo constituía o alvo central da repressão, uma superfície de inscrição dos suplícios e das penas, feito para ser supliciado e castigado[10], com a introdução das novas organizações socioeconômicas, o foco passou a ser outro. A partir de então, o corpo deveria ser formado, preparado, corrigido, qualificado como massa capaz de trabalhar e, por consequência, toda e qualquer sanção que pudesse representar um abuso ou violação à pessoa como força produtiva, tais como morte, mutilações e espancamentos, passa a ser revista, banida, excluída ou reprimida.[11] Não interessava mais ao poder se organizar em termos de:

> (...) expulsar os homens da vida social, impedir o exercício de suas atividades, mas sim gerir suas vidas, controlá-los em suas ações para que seja possível e viável utilizá-los ao máximo, aproveitando as suas potencialidades e utilizando um sistema de aperfeiçoamento gradual e contínuo de suas capacidades.[12]

Modificou-se, também, a centralidade do poder. Enquanto no passado o poder encarnava-se na figura do soberano (relação "soberano-súdito"), e esse se encontrava, justamente por isso, no centro das relações de dominação, no poder disciplinar não há um centro único, tampouco um ente único a representá-lo: o poder encontra-se diluído nos diferentes espaços sociais, pluralizado e disseminado por toda parte ao mesmo tempo, transfixando a vida cotidiana, em uma teia de micropoderes dispersos e interligados ou não com o aparelho de Estado, em microrrelações sociais.

Um poder assim ramificado por todos os flancos sociais, endereçado ao controle minucioso sobre o corpo e a vida do indivíduo, por meio de exercício de domínio do tempo, espaço, movimento, gestos e atitudes, permeando várias instituições, no qual o indivíduo, assim, não cessava de transitar de uma instituição disciplinar para outra, ou melhor, de um espaço fechado para outro, cada qual com suas próprias normas: primeiro a família, depois a escola, na sequência a caserna, a fábrica, de vez em quando o hospital e, eventualmente, a prisão, que era o meio de confinamento por excelência[13]. Segmentos, segundo Deleuze,

10. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 1999a. p. 119.
11. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 27. ed. São Paulo: Graal, 2013. p. 286.
12. MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. *In*: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 27. ed. São Paulo: Graal, 2013. p. 20.
13. DELEUZE, Gilles. *Conversações:* 1972-1990. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992. p. 219.

que ora se distribuíam bem separados, estanques, compactados e descontínuos, ora se comunicavam na máquina que lhe conferia uma microssegmentariedade flexível e difusa, de forma que todos eles se assemelhariam, e um se estenderia por intermédio do outro, como se fosse uma função contínua.[14] Ou seja, apesar de funções distintas, mantinham uma relação de identidade, já que integrantes de uma mesma estrutura de poder, voltadas em conjunto para o controle, sobre a totalidade, ou quase totalidade, do tempo e do corpo do indivíduo como força de trabalho[15]. Isso tudo com o mínimo exercício da violência física e o máximo de vigilância contínua, implícita e internalizada.

Na lição de Foucault:

> As disciplinas, organizando as "celas", os "lugares" e as "fileiras", criam espaços complexos: ao mesmo tempo arquiteturais, funcionais e hierárquicos. São espaços que realizam a fixação e permitem a circulação; recortam segmentos individuais e estabelecem ligações operatórias; marcam lugares e indicam valores; garantem a obediência dos indivíduos, mas também uma melhor economia do tempo e dos gestos. São espaços mistos: reais pois que regem a disposição dos edifícios, das salas, de móveis, mas ideais, pois projetam sobre essa organização caracterizações, estimativas, hierarquias. A primeira das grandes operações da disciplina é então a constituição de "quadros vivos" que transformam as multidões confusas, inúteis ou perigosas em multiplicidades organizadas.[16]

Tais quadros vivos eram, simultaneamente, uma técnica de poder e um processo de saber, cuja intenção era a de dominar a diversidade, impondo-lhe uma ordem. E Foucault encontrou na estrutura espacial do "panóptico", idealizado por Jeremy Bentham no século XIX, a representação ideal e metafórica dessa vigilância ininterrupta.

O panóptico era um projeto de prisão circular, uma espécie de "utopia-programa". Consistia em uma "figura arquitetural e óptica" em forma de anel, com um pátio no meio do qual havia uma torre central, com um vigilante. Esse anel dividia-se em pequenas celas que davam tanto para o interior quanto para o exterior, permitindo que o olhar do vigilante as atravessasse. Era um espaço

14. DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2013. p. 50.
15. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 1999a. p. 116.
16. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986. p. 135.

fechado, recortado e vigiado em todos os seus pontos, onde os menores movimentos e acontecimentos eram controlados, e o poder exercido sem divisão, segundo uma figura hierárquica contínua, no qual cada um, sozinho, podia ser constantemente localizado, examinado e distribuído. Estando sob permanente visibilidade, o vigiado não poderia saber se o vigilante estaria ou não na torre, devendo se comportar como se a vigilância fosse constante, infinita e absoluta.

Na verdade, pouco importava se a vigilância que emanava da torre fosse de fato constante ou estivesse sempre presente. Para exercer plenamente seus efeitos interessava que fosse incutida na pessoa submetida à vigilância a sensação de estar sendo sempre observada, ou potencialmente vigiada. Daí o efeito mais importante do panóptico: "induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se descontínua em sua ação". Era o poder coercitivo da vigilância agindo fortemente no psicológico do indivíduo, interiorizando o olhar vigilante, exercendo-o sobre e contra si mesmo, conjugando as máximas "o melhor vigilante do indivíduo é o próprio indivíduo" ou "cada camarada torna-se um vigia".

A fórmula abstrata do "panoptismo", diria Deleuze, era mais do que "ver sem ser visto", mas, fundamentalmente, impor uma conduta qualquer a uma multiplicidade humana qualquer, de um respectivo espaço restrito[17]. Configuraria, portanto, o meio de difusão do poder disciplinar e da normalização de forma generalizada e dispersa ao longo de toda a extensão da estrutura da sociedade, produzindo individualidades, visando à transformação da vida dos homens em força produtiva.[18] Uma forma de governo e de controle, uma forma de exercício de poder, segundo uma figura hierárquica contínua, na qual cada um podia ser constantemente localizado, examinado e distribuído.[19].

Essa forma arquitetônica das instituições valia para escolas, hospitais, prisões, fábricas, hospícios. Era um espaço fechado, recortado e vigiado em todos os seus pontos. Nele, os indivíduos estavam inseridos num lugar fixo, com os menores movimentos e acontecimentos controlados. Nessa perspectiva, a forma de poder exercida no panoptismo repousou, sobretudo, no exame, explicado por Foucault:

17. DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2013. p. 43.
18. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 1999a. p. 123.
19. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986. p. 177-178.

> O exame combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza. É um controle normalizante, uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir. Estabelece sobre os indivíduos uma visibilidade através da qual eles são diferenciados e sancionados. É por isso que em todos os dispositivos de disciplina o exame é altamente ritualizado. Nele vêm-se reunir a cerimônia do poder e a forma da experiência, a demonstração da força e o estabelecimento da verdade. No coração dos processos de disciplina, ele manifesta a sujeição dos que são percebidos como objetos e a objetivação dos que se sujeitam. A superposição das relações de poder e das de saber assume no exame todo o seu brilho visível.[20]

Com isso se viabilizava a articulação de um poder com um saber, que se ordenava em torno da norma, do que é ou não normal, do que é correto ou incorreto, do que se deve ou não se deve fazer[21]. Não mais se debruçava sobre o que havia já ocorrido, existido ou feito, para fins da reconstituição de um acontecimento passado, mas como se deve conduzir no presente ou no futuro. Um saber, portanto, voltado para a disciplinarização, para determinar se o indivíduo está se conduzindo, ou não, em conformidade com a regra. É a submissão do corpo pelo controle das ideias, com o poder-saber regulando, regulamentando e corrigindo sujeitos, qualificando-o como corpo capaz de trabalhar. Dito de outro modo, não importava mais punir por punir, mas punir para ensinar. Todos os alunos da escola deveriam atender ao modelo estabelecido, toda infringência da regra deveria ser punida, para se aprender a sempre se fazer o correto. Assim, moldar-se-ia o aluno na perspectiva da disciplina, de uma norma que seria o padrão daquilo reputado como certo e como normal, o que Foucault denominava de *adestramento*. Um saber, em suma, disciplinador.

Com a disciplina se programam as grandes diretivas da sociedade disciplinar, formadoras do "homem do humanismo moderno"[22], moldando-o com características bem definidas: docilidade, flexibilidade, utilidade e a aparência de autonomia, com o objetivo de seu futuro aproveitamento no sistema econômico vigente.

Esse modelo de disciplinarização e de confinamento foi sobejamente empregado no período em que vigoravam as instituições escolares em regime de

20. *Ibidem*, p. 164-165.
21. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. p. 88.
22. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986. p. 130.

internato, no qual os alunos permaneciam praticamente enclausurados e submetidos durante sua estadia a normas severas de conduta e de obediência rígida. São, também, sucedâneas desse período as punições mais rigorosas por atos de *indisciplina*, como, por exemplo, os castigos infligidos mediante o uso do emblemático instrumento da palmatória.

Dita técnica de controle social disciplinadora foi posta em questão no século XX, especialmente pela crise do sistema fordista de produção e sua superação por um capitalismo financeiro, após o esgotamento do modelo anterior e os grandes choques políticos e econômicos do período de 1914 a 1945. O período sinalizava a crise do modelo keynesiano de bem-estar e a quebra do capitalismo de produção[23], que relacionava o aumento da produtividade ao aumento dos salários, promovendo uma razoável distribuição de recursos e a generalização de um sistema de segurança social[24]. Com a ruptura desse modelo pelo fenômeno da globalização, a sociedade bateu às portas do que se denomina de *pós-fordismo*, inaugurando uma nova subjetividade no mundo do trabalho, marcado pela perda da identidade coletiva dos trabalhadores, pelo esvaziamento dos sindicatos e pelo flexível emprego. Nessa mudança de rumo, segundo o diagnóstico de Deleuze, os meios de confinamento, tais como a prisão, o hospital, a fábrica, a escola e a família, entram em uma crise generalizada, pois já não atendiam às exigências de um capitalismo em mutação.[25]

E, como consequência da crise da sociedade da disciplina, o controle abandona os locais fechados e as instituições de *encerro*, lugares da disciplina, estendendo-se por todo corpo social[26], em dispositivos de controle modulares, constantes e permanentes, que passam a integrar a sociedade contemporânea[27]. Nasce outro modelo de sociedade, denominado *sociedade de controle*, que revisitaria a técnica da disciplina.[28]

---

23. LYRA, José Francisco Dias da Costa. Imperialismo e divisão do trabalho. *Direito em Debate*. Ijuí. n. 23. jan.-jun. 2005. p. 25-49.
24. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerância cero*: estratégias y práticas de la sociedad de control. Trad. Iñaki Rivera Beiras e Marta Monclus. Barcelona: Vírus, 2005. p. 10-11.
25. DELEUZE, Gilles. *Conversações*: 1972-1990. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992. p. 219-220.
26. HART, Michel; NEGRI, Antonio. Império. Trad. Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 46.
27. LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração* – criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013. p. 106.
28. DELEUZE, Gilles. *Op. cit.*, p. 221-222.

Enquanto na sociedade da disciplina o indivíduo transitava de um espaço fechado para outro, cada um com suas leis (primeiro a família, depois a escola, a fábrica), na sociedade de controle tudo é mais flexível e permanente. Tudo é ágil e transitório o suficiente para, tão logo quanto possível, ser ultrapassado. O controle, pois, é aberto e ininterrupto, sem divisões. Dito de outro modo, o modelo panóptico da vigilância deixa de lado os interiores da disciplina para disseminar-se por todo espaço público e privado, expandindo-se por todos os cantos da sociedade, tornando-se um controle híbrido e se revelando ubíquo, provocando uma *recodificação panóptica*[29]. Uma vigilância, portanto, externa, difusa, massiva, permanente e intensa, tudo com base em técnicas de informação. Exemplos disso são a estrutura dos condomínios, a vigilância 24 horas por dia, as câmeras de vídeo espalhadas pelas ruas e logradouros públicos, os serviços de segurança privados, tornozeleiras eletrônicas, cujo fator-chave é obter segurança[30].

A escola seria, então, uma instituição cada vez mais aberta, não mais sujeita à lógica do confinamento, da concentração, da setorização, da disciplina rígida, mas, ao contrário, voltada para a dispersão, para meios de controle mais amplos, abrangentes, permanentes e contínuos, a partir de fórmulas mais brandas e *quase* imperceptíveis. Mudou para ser menos impositiva e ser mais produtiva (controlar, vigiar, disciplinar para obter resultados favoráveis e aceitos). Vale consignar que esse sistema de observação permanente sempre existiu – seja na denominada *sociedade da soberania* (poder exercido pela força nua), seja na *sociedade da disciplina* (espaço em que o poder-saber seleciona, divide, classifica, adestra, disciplina, hierarquiza e normaliza). Agora, na *sociedade de controle*, ele se torna mais eficiente, com um maior número de dispositivos ou instrumentos que permitem controlar, por um tempo infinito e ilimitado, o maior número de indivíduos.

O que se alterou foi a lógica de exercício dos poderes: a verticalidade do *poder soberano* cedeu espaço à horizontalidade do *poder disciplinar/vigilante*. A força física ainda existe, embora menos frequente e mais reprovável, até porque deixou de ser a única forma de imposição do desejo de alguém ou de sujeição do outro; o poder-saber continua disciplinando; o controle se instrumentalizou com novos dispositivos tecnológicos, e está cada vez mais difuso. Em outros termos, na sociedade de controle não se abdicou da disciplina.

29. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

30. BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 39.

A disciplina, a exemplo do próprio capitalismo, reinventou-se para contemporaneidade. Antes vivia na clausura e vigiava o indivíduo enquanto estava no seu interior; agora, parafraseando Bauman, move-se com a velocidade do sinal eletrônico, tornando-se extraterritorial, não mais limitada ou desacelerada pela resistência do espaço[31]. Da coerção física ao monitoramento eletrônico, continua produzindo corpos dóceis, permanentemente úteis e controlados.

Dentro dessa nova lógica, emerge um tipo novo de subjetividade, na qual não há mais espaço para aquele sujeito previsível, controlado, estável, persistente, uno e indivisível, mas, sim, para um indivíduo com perfil diametralmente oposto, qual seja, plástico, flexível, criativo, fragmentado, múltiplo, difuso, impulsivo, e aventureiro.[32] Um sujeito capaz de migrar de um lugar para outro, de um sentimento para outro, de um produto para outro, circulando, inclusive, internamente, alargando ao máximo suas possibilidades afetivas, cognitivas e executivas, acelerando ao extremo o ritmo de seu funcionamento[33]. Um sujeito bem mais eficiente, produtivo e útil aos imperativos do capitalismo, já que liberto dos freios afetivos e territoriais, gozando de maior autonomia, autossuficiência, individualidade, fluidez, mobilidade e descompromisso com ideias e valores, e com predisposição para se ajustar rapidamente a cada nova exigência ou necessidade.

É no contexto dessa sociedade flexível e fragmentária, com uma subjetividade tendente cada vez mais à individualização, ao narcisismo, ao desenraizamento, às relações efêmeras, às relativizações éticas, marcadas pela avançada tecnologia e pela comunicação instantânea, que se *encerram* nas dependências de uma sala de aula um conjunto de indivíduos, de diferentes histórias e origens, os quais, até prova em contrário, são forçados a uma convivência, embora temporária, mas epidérmica e intensa por diversos meses. A despeito da percepção de Deleuze, diante da crise que atravessa as instituições de um modo geral, quando se olha para o espectro mais amplo do funcionamento da escola moderna, para a malha intrincada das relações de poder ali estabelecidas, infere-se que ainda ela exibe vestígios eloquentes do modelo disciplinar, especialmente em face dos seus regramentos.

Não que o controle não tenha mais como propósito atingir esses corpos, até porque a força física do corpo permanece ainda, em variadas intensidades,

31. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plinio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 18.

32. JUSTO, José Sterza. Escola no epicentro da crise social. *In*: LA TAILLE, Yves de (org.). *Indisciplina/disciplina*: ética, moral e ação do professor. Porto Alegre: Mediação, 2005. p. 31.

33. JUSTO, José Sterza. Escola no epicentro da crise social. *In*: LA TAILLE, Yves de (org.). *Indisciplina/disciplina*: ética, moral e ação do professor. Porto Alegre: Mediação, 2005. p. 31.

sendo objeto do biopoder. O que se quer dizer é que na sociedade de controle a disciplina conquistou outro desenho, redimensionou-se, "democratizou-se", "humanizou-se"[34], tornou-se mais tênue e sutil. Não mais perseguindo uma "docilidade" duradoura e sólida quando da modernidade disciplinar, mas, sim, uma "docilidade" mais maleável, líquida, porque não dizer, apta a mudar constantemente de rumo, a se amoldar às constantes metamorfoses do poder.

Em suma, nesse processo de transição da disciplina para o controle, a escola modificou-se, modernizou-se, evoluiu no sentido de se tornar menos repressiva, adotando mecanismos de controle mais sutis, que não incidissem diretamente sobre os corpos. Para tanto, no exercício do seu mister, ora tem se valido de mecanismos tipicamente disciplinares, ora de mecanismos tipicamente de controle, ou de ambos.

E é precisamente no exercício e na manutenção dessa função de controle, normalização, vigilância e punição que a escola, enquanto instituição e no exercício da sua missão pedagógica, tem protagonizado cotidianamente um tipo de violência que, por estar enraizada estruturalmente e introjetada subjetivamente, opera de forma tão dissimulada que, além de não ser percebida, tem sido perfeitamente aceita como natural e obrigatória por parte de suas vítimas e simultaneamente negada enquanto violência por parcela dos envolvidos no processo educativo.

Está-se referindo à violência institucional, a qual, adicionada às consequências da modernidade e da globalização, tem gerado enormes tensionamentos dentro do ambiente escolar, rendendo ensejo a reações por parte de parcela dos atores da comunidade escolar, que nada mais são do que um efeito da inconformidade a um modelo já superado.

3. A escola e sua violência institucional

A violência do homem contra o próprio homem é certamente uma das temáticas mais enigmáticas para as ciências humanas, não apenas por ser uma

34. Partilha-se do entendimento de ROCHA, Cristianne Maria Famer. Espaços escolares nada fora de controle. Reunião Anual, 23. Caxambu, MG, 2000. *Anais eletrônicos*... Caxambu, MG, 2000. Disponível em: [http://23reuniao.anped.org.br/textos/1202t.PDF]. Acesso em: 26.01.2016, para quem às palavras "humanização, humanizar" usualmente se associam todas aquelas qualidades modernas desejadas e utopicamente apregoadas: justiça, fraternidade, igualdade, irmandade, democracia, paz, serenidade, felicidade, amor, compaixão, entre outras que dizem pertencer ao "caráter" humano "evoluído".

das mais relevantes preocupações da contemporaneidade como, também, por se estar diante de um fenômeno que, apesar de materializado sempre de forma conjuntural, por ter acompanhado a história da humanidade desde períodos mais remotos, pode ser visto como universal.[35]

Onipresente e endêmica, a violência tem se insinuado por todos os territórios sociais, inclusive por aqueles que "aparentemente" estariam pouco vulneráveis à contaminação mais agressiva. Um desses territórios tem sido o espaço escolar.

Embora a evolução histórica da educação demonstre que o rigor da disciplina e a prática da violência existem desde seu nascedouro[36], é certo que nos dias atuais a escola tem sido cenário de embates interpessoais e acontecimentos conflitivos crescentes, constituindo-se em uma fonte de instabilidade ao seu projeto normativo e pedagógico, consolidando-se em um grave problema social e de política pública.

Por tudo isso, e por ser uma das instituições mais importantes do atual modelo de organização social, têm sido desenvolvidos inúmeros estudos sobre a violência na escola, outorgando ao tema os tratamentos dos mais diversificados e multidisciplinares, até porque, como categoria social, reconceitualiza-se e transmuda-se de significado e de grau de sociedade para a sociedade[37], balizando-se em razão de modulações históricas, sociais, políticas, culturais e econômicas, não se apresentando de forma única e homogênea.

Diante desse cenário, é uma tarefa extremamente complexa encontrar uma definição que contemple a todos os seus sentidos e nuances, até porque, como adverte Debarbieux, não pode haver um conhecimento total ou absoluto acerca da violência, uma vez que ela só pode ser representada de formas parciais, e se deve ou não aceitá-las como são, ou permitir cair na fantasia da onisciência, que é tudo, menos ciência.[38.]

35. NEVES, Paulo Sergio da Costa. Violência e cotidiano escolar. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010. p. 116.

36. Ver a esse respeito MANACORDA, Mario Alighiero. *História da educação*: da antiguidade aos nossos dias. Trad. Gaetano Lo Monaco. São Paulo: Cortez, 2000.

37. NEVES, Paulo Sergio da Costa. Violência e cotidiano escolar. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010. p. 116-117.

38. DEBARBIEUX, Éric. Violência nas escolas: divergências sobre palavras e um desafio político. *In:* DEBARBIEUX, Éric; BLAYA, Catherine (org.). *Violências nas escolas e políticas públicas*. Brasília, DF: Unesco, 2002. p. 65.

Mas, o que se entende por violência? Existe uma preocupação geral em estabelecer um conceito do que seja violência, assim como de indisciplina[39].

Respondendo a tais indagações, Marilena Chauí oferece a seguinte conceituação:

> (...) violência significa: 1) tudo o que age usando a força para ir contra a natureza de algum ser (é desnaturar); 2) todo ato de força contra a espontaneidade, a vontade e a liberdade de alguém (é coagir, constranger, torturar, brutalizar); 3) todo ato de violação da natureza de alguém ou de alguma coisa valorizada positivamente por uma sociedade (é violar); 4) todo ato de transgressão contra o que alguém ou uma sociedade define como justo e como um direito.[40]

Percebe-se que nesse conceito se contempla um largo universo de ações e de resultados decorrentes de situações relacionais, em que uma ou mais pessoas atuam (direta ou indiretamente) causando danos ou prejuízos a uma ou mais pessoas, de diferentes graus. Trata-se, pois, de um fenômeno cuja fonte não residiria necessariamente em apenas um agente, mas que pode decorrer da ação de múltiplos personagens sociais que, por sua vez, podem se valer de estratégias e instrumentos explícitos ou tácitos, ministrando-os de maneira gradual ou compacta[41].

Como na sociedade, também em relação à escola existem inúmeros estudos sobre a violência, outorgando ao tema os tratamentos dos mais distintos, complexos e multidisciplinares. Se no passado essa violência se corporificava no uso de punições físicas e na aplicação de uma rigorosa disciplina, na modernidade ela se diversificou, assumindo novas e singulares configurações, mais audaciosas, com lógicas específicas, com resultados imprevisíveis a lhe conferir uma identidade própria. E, tal como ocorre com a violência no geral, é igualmente uma missão espinhosa encontrar uma referência conceitual do que seja violência escolar *stritcto sensu,* que afine e abarque a pluralidade de mecanismos e processos que a constituem na atualidade.

---

39. NEVES, Paulo Sergio da Costa. Violência e cotidiano escolar. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010. p. 116-117.

40. CHAUÍ, Marilena. Explicações para a violência impedem que a violência real se torne compreensível. *Folha de São Paulo*. São Paulo. 14.03.1999. Disponível em: [www.cefetsp.br/Edu/eso/comportamento/ violenciachaui.html]. Acesso em: 26.11.2014.

41. AQUINO, Julio Groppa. As transgressões da ordem escolar. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010. p. 81.

Visando dar conta desses diversos aspectos da violência escolar, Bernard Charlot propõe uma sistemática classificatória dos episódios violentos na escola, enquadrando-os em três níveis: a violência na escola, a violência contra a escola e a violência da escola:

> A violência na escola é aquela que se produz dentro do espaço escolar, sem estar ligada à natureza e às atividades da instituição escolar: quando um bando entra na escola para acertar contas das disputas que são as do bairro, a escola é apenas o lugar de uma violência que teria podido acontecer em qualquer outro local (...). A violência à escola está ligada à natureza e às atividades da instituição escolar: quando os alunos provocam incêndios, batem nos professores ou os insultam, eles se entregam a violências que visam diretamente à instituição e aqueles que a representam. Essa violência contra a escola deve ser analisada junto com a violência da escola: uma violência institucional, simbólica, que os próprios jovens suportam através da maneira como a instituição e seus agentes os tratam (modos de composição das classes, de atribuição de notas, de orientação, palavras desdenhosas dos adultos, atos considerados pelos alunos como injustos ou racistas...).[42]

Tal sistemática permite minimamente afirmar que, no âmbito escolar, defronta-se com duas espécies de violência.

A primeira, de natureza explícita e de fácil visualização, muitas vezes, em imagem e som, reflexo, máxime, de uma conflitualidade que eclode distante de seus muros, pontificada na forma de agressões, ofensas, ameaças, pichações, vandalismo, *mobbing*, *bullying*, *cyberbullying*, depredações, na interação direta entre indivíduos ou grupos, ou mesmo envolvendo ação dos grupos externos, ligados, por exemplo, ao tráfico de drogas, tendo o componente humano (autores e vítimas – professor, funcionários e alunos) e o componente arquitetônico da escola, como focos. Em outras palavras, uma violência mais horizontal (entre professores e entre alunos). Conforme a classificação de Charlot, uma "violência na escola" e uma "violência contra a escola".

A segunda, mais sutil, menos explícita, de difícil identificação e praticamente invisível ao imaginário social, tendo como fonte produtora a própria escola, enquanto instituição social, advinda do seu componente estrutural e funcional, isto é, na forma em que se encontra concebida atualmente e na dinâmica do seu ofício pedagógico, e, por isso, menos discutida, menos divul-

42. CHARLOT, Bernard. A violência na escola: como os sociólogos franceses abordam essa questão. *Sociologias*. Porto Alegre. ano 4. n. 8. p. 432-442. jul.-dez. 2002. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/soc/n8/n8a 16.pdf]. Acesso em: 08.01.2016.

gada e menos considerada e vista como violência por quem a sofre. Em outras palavras, uma violência mais vertical (na relação hierárquica professor-aluno). De acordo com Charlot, uma "violência da escola", ou simplesmente, uma "violência institucional".

E, como já desfilado, é dessa categoria de violência que se vale a escola para cumprir com a sua missão de disciplinamento, controle e vigilância da modernidade, convertendo-se na ferramenta básica para modelar, ou melhor, adestrar o indivíduo a viver e reproduzir determinadas relações sociais e de poder.

Uma modalidade de violência "inteligente" e "elegante", que não se mostra como as outras violências, já que não se apresenta tão transparente à percepção ocular, mas que está enraizada estruturalmente, adentrando os poros da organização escolar, perpetrada com o consentimento mudo ou com a ignorância das suas vítimas. Uma forma de violência que se expressa, sobretudo, por intermédio de um conjunto de práticas repressivas e punitivas, produzindo comportamentos e ideias, estabelecendo e impondo regras, condutas e modelos de pensamento, enfim, interiorizando e consolidando em seu público-alvo determinado código de normas e valores (a divisão do trabalho, disciplina, ordem, passividade e submissão), de forma arbitrária e autoritária, ligados a sua própria cultura e organização, de molde a responder às necessidades do modelo econômico vigente.

Tal normativa, aliás, é simplesmente imposta e imediatamente aceita, sem que ninguém questione ou contrarie, sem que se pondere acerca das razões da sua existência ou sua da legitimidade. Poucos ousam tentar entender por que determinadas ações são permitidas e outras são proibidas. Faz-se porque é assim: sem explicações nem motivos, para que a hierarquia se conserve, para que tudo esteja sob controle, para que se discipline, ordene-se, eduque-se. Um modelo unilateral, fortemente hierárquico e antidemocrático.

Essa modalidade de violência desvela-se, ainda, nas relações de poder, na exigência de uniformidade, nas grades curriculares, no projeto político-pedagógico, nos programas, nos métodos de ensino e de avaliação, nos livros e textos adotados, no comportamento soberano e no discurso dos membros do corpo docente, nas palavras e atitudes de desvalorização e desmerecimento dos alunos.

E ainda se faz presente de outras formas. Para Schilling, se a sociedade é desigual, reproduz, sistematicamente, a desigualdade e os conflitos que aí existem: entre gerações, de classes, de gênero, de raça, de posição social e de *status*, entre saberes. Revela-se então na discriminação (sexo, raça, condição social, opção sexual, padrões de beleza); no não ensinar, criando um espaço sem

sentido, espaço vazio. Revela-se na indiferença, na confusão entre o comportamento privado e o comportamento público, novamente reproduzindo questões mais gerais da sociedade brasileira. Nessa dimensão, reproduz-se uma sociedade marcada por isolamento, falta de esperança, projetos comuns, pobreza e injustiça.[43] E mais. Também se evidencia quando a escola sub-repticiamente ou até explicitamente segrega, parte da sua população, veicula e alimenta preconceitos e humilha aqueles que, porventura, não conseguem se apropriar do que se supõe realizar.[44]

Revela-se nas condições degradantes dos prédios que são oferecidos para o acolhimento dos alunos, na superlotação da sala de aula, na carência no quadro administrativo e docente, na falta de recursos e estrutura física. Aparece nos sentimentos dos alunos com relação à escola, como a falta de sentido em permanecer estudando por tantos anos, a escola como local tedioso e pouco atrativo, o aprendizado como um desprazer, que compele o aluno a aprender conteúdos alheios aos seus interesses, ou a sua realidade, na desesperança em relação ao futuro, caminho que conduz à evasão ou ao fracasso escolar.[45]

Em síntese, a violência institucional configura esse processo pelo qual se opera a interiorização de valores e de socialização impositiva/coercitiva/repressiva comandados pelo sistema escolar, produzindo e reproduzindo comportamentos e ideias condizentes com o sistema capitalista e com o grupo que o dirige. Uma modalidade de violência que se dissimula e oculta atrás de máscaras legais e se exerce pacificamente, corroendo subliminarmente as relações pedagógicas e as experiências de aprendizagem, e, consequentemente, penetrando muito mais fundo e produzindo efeitos muito mais duradouros que alguns conhecimentos técnicos[46].

Em face dessa escola institucionalmente violenta se indaga: até que ponto o comportamento dito violento e indisciplinado dos alunos não são, na verdade,

43. SCHILLING, Flávia. Violência na escola: reflexões sobre justiça, igualdade e diferença. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010. p. 131.

44. HENNING, Leoni Maria Padilha. Contribuição da filosofia frente à questão da violência, indisciplina e educação. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010. p. 36.

45. ABRAMOVAY, Miriam; RUA, Maria das Graças (org.). *Violências nas escolas*. Brasília, DF: Unesco; Instituto Ayrton Senna; Unaids; Banco Mundial; Usaid; Fundação Ford; Consed; Undime, 2002. p. 69.

46. ENGUITA, Mariano Fernandez. *A face oculta da escola*: educação e trabalho no capitalismo. Trad. Thomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989. p. 158.

uma resposta ou uma defesa a essa forma de violência? Até onde o comportamento indisciplinado, desafiador, rebelde, desinteressado, que desrespeita os pactos de convivência estabelecidos, inviabilizando temporariamente a concretização dos fins a que se propõe, não são a expressão, muitas vezes até radical, de um profundo descontentamento pela ordem estabelecida ou por uma imposição que violenta veladamente a natureza criativa, e que poderia se manifestar, não fosse a expectativa e o controle daqueles de quem se espera a contenção e o silêncio?[47]

Seria a reação nos alunos uma busca por reconhecimento de direitos, em face de um modelo disciplinar já superado, na perspectiva de uma escola mais democrática e justa?

4. A violência escolar: uma leitura pela luta por reconhecimento

Todo sistema que se organiza em torno da padronização de condutas e de pensamentos, fazendo uso de modelos normativos, disciplinares e de controle, culmina por gerar, em contrapartida, aquilo que tenciona coibir: negação, enfrentamento, contrariedade, transgressão, rebeldia, resistência e contracontrole.

Diverso não ocorre com a escola. Se diante da violência institucional o indivíduo pode assumir uma atitude conformista, curvando-se, assim, à lógica disciplinar e ao poder simbólico ali dominantes, por outro lado, também pode contestar e até negar essa lógica repressiva, seletiva e excludente, confrontando as suas regras e modelos de saber, não se submetendo às imposições desse "dever-ser", como reação a uma violência que lhe é anterior. Ou seja, na medida em que a escola exerce sua violência institucional, está sujeita a desencadear uma reação contrária também violenta por parte das suas vítimas. E, em que pese haver diversas denominações para essas reações comportamentais[48], para

47. HENNING, Leoni Maria Padilha. Contribuição da filosofia frente à questão da violência, indisciplina e educação. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010. p. 36.

48. Por exemplo, Michel Foucault trabalha com o conceito de pontos de resistência ao poder para se pensar condições de liberdade. A esse respeito: *História da sexualidade I*: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999b. p. 91-92; e *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 27. ed. São Paulo: Graal, 2013. p. 359-360. Já Nildo Viana enquadra tais comportamentos no conceito de "violência contestadora". A respeito: VIANA, Nildo. Violência e escola. *In*: VIANA, Nildo; VIEIRA, Renato Gomes (org.). *Educação, cultura e sociedade*: abordagens críticas da escola. Goiânia: Germinal, 2002. p. 124-126.

aplicação neste trabalho, elas se aglutinarão em torno de uma única expressão: "violência contrainstitucional", isso por derivar da violência institucional, a qual que lhe antecede e contra qual se opõe.

Como a própria violência institucional, "a violência contrainstitucional" há tampo habita o cotidiano escolar, só que respondendo por outros nomes, e é englobada, como, por exemplo, seguindo Charlot, dentro das categorias do tipo "violência na escola" ou "violência contra a escola". É tratada, portanto, como mero ato ilícito, cuja consequência é a negação e posterior imposição do sistema por meio da coação e de sanções punitivas, a pretexto de manter a ordem e a disciplina e assegurar a autoridade hierárquica da instituição.

A adoção dessa perspectiva no que se refere a essa modalidade reativa de violência impossibilita compreender e enfrentar suas verdadeiras causas e motivações, restringindo a análise e tratamento do problema ao horizonte estreito das medidas de disciplinamento, repressão e controle – medidas essas, diga-se de passagem, embora de interesse dos detentores do poder, que têm produzido resultados pouco eficazes na resolução do problema da conflitualidade escolar. Por outro lado, essa concepção tem contribuído para a banalização e perpetuação dessa espécie de violência, porquanto a toma como um fenômeno comum, às vezes acidental, às vezes passageiro, como arroubos de juventude, abandonando, em segundo plano, qualquer reflexão acerca das origens e características.

Entende-se ser notório que essa espécie de comportamento violento distingue-se de outros tipos de comportamento similares, em especial, àqueles que irrompem na forma de cólera, ódio, vingança, inveja, ciúme, intolerância, atormentação, cupidez e implicam a intenção deliberada de causar dano, seja ele físico, psicológico ou patrimonial. De comum, só os seus elementos objetivos, seu *modus operandi*. De resto, os intentos são outros, posto que aqueles que inspiram os atos de "violência contrainstitucional" estão voltados para o reconhecimento de direitos de igualdade, liberdade, diferença, identidade, dentre outros, portanto, valores mais nobres e imbuídos da construção de uma escola mais democrática, justa, igualitária e cidadã.

Nesse sentido, há que a escola, além de reconhecer sua corresponsabilidade nesse processo produtivo, emprestar à "violência contrainstitucional" tratamento diverso, até normativo; a uma, por sua fatia culpa; a duas, pois são outros os elementos de ordem anímica a motivar e a dirigir subjetivamente a conduta dos seus autores. Se, por um lado, a escola reproduz os valores hegemônicos da sociedade e é caudatária do modelo disciplinar, por outro, enquanto instituição da socialização, da escolarização formal e sistemática, da transmissão dos ideais da cidadania, pelos impasses enfrentados em sala de

aula, tem também a missão de tentar harmonizar e minorar os efeitos daquilo que ela própria fundou e ajudou a erguer, de modo a respeitar o conjunto dos atores que militam no seu universo.

A compreensão da ambiguidade desse papel, em consequência, abre caminho para redefinir rumos e encontrar pontos de equilíbrio, dentre eles, a construção de um novo paradigma a respeito da violência e da indisciplina escolar e a desconstrução do que pode vir a ser um círculo vicioso de violência. E isso principiaria, a nosso sentir, por uma melhor compreensão da origem dos conflitos resultantes da "violência contrainstitucional" na esfera escolar, de molde a apreender sua dinâmica específica de funcionamento.

Para tanto, recorre-se às reflexões de Axel Honneth, o qual oferece interessante abordagem acerca dos conflitos, interpretando-os dentro de uma perspectiva de luta por reconhecimento, diante de um sistema disciplinar, conservador e autoritário, e suas relações de dominação, cuja força moral impulsionaria mudanças e transformações sociais.

Sabe-se que o ser humano, no seu processo de desenvolvimento, estabelece um conjunto de vínculos ou interações com a sociedade e seus atores sociais, prática intersubjetiva fundamental para a estruturação de sua personalidade e construção de sua identidade, na busca da realização pessoal e social, enfim, de sua autonomia. Desde o seu nascimento e no curso dos expedientes de socialização, o indivíduo busca sair da *redoma narcísica* e estabelecer pontos de vinculação, espelhamento, semelhanças e diferenças com os outros, nos diversos grupos sociais, harmonizando-se ou se dissociando com aquilo que ocorre no mundo a sua volta. Nesse processo de permanente com o outro, detectou-se que para a pessoa se realizar plenamente na sua individualidade e adquirir certa existência e identidade necessitava se sentir vista, estimada, aceita e acolhida pelos demais membros, cujo termo se denomina *reconhecimento*.

Dita expressão *reconhecimento*, segundo David Zimerman, apresenta, ao menos, quatro diferentes significados: (1) o reconhecimento de si próprio, como modo de autoconhecimento; (2) reconhecimento do outro, como alguém que é diferente de si; (3) ser reconhecido ao outro, como expressão da gratidão; e (4) ser reconhecido pelos outros, como forma de manter a autoestima[49]. Embora os quatro sejam relevantes para o processo de construção e desenvolvimento do ser humano, na seara das ciências sociais, confere-se maior destaque ao reconhecimento obrado pelo outro. O ato de *reconhecer*

49. ZIMERMAN, David E. *Os quatro vínculos*: amor, ódio, conhecimento e reconhecimento na psicanálise e nas nossas vidas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 192.

significaria, portanto, visualizar o outro com respeito, com aceitação, com acolhimento, nas suas particularidades, qualidades, defeitos e idiossincrasias; corresponderia à ação de recepcionar o outro tanto na sua diversidade quanto na sua universalidade, tanto na igualdade quanto na diferença; valorizar o outro enquanto outro. *Reconhecer* é resgatar a alteridade. Se, no passado, a existência do ser humano estava vinculada à razão (penso, logo existo), na modernidade esse referencial se transformou, conectando-se ao reconhecimento (olho e sou visto, logo existo).

Por conta disso, as últimas décadas têm sido marcadas por um conjunto incomensurável de demandas por reconhecimento, dos mais diferentes matizes (cultural, étnico, sexual, social, etário etc.). Ainda que se entenda que o ser humano, em qualquer época, individual e coletivamente, luta para se sentir reconhecido, gerando uma espécie de passivo ou déficit a ser reparado historicamente, pode-se afirmar que essa demanda se agigantou a partir das mutações políticas, econômicas e culturais desencadeadas pela nova ordem mundial globalizada e multicultural. Desde então, quase que diariamente indivíduos ou grupos trazem à sociedade distintas expectativas e reivindicações nas quais almejam conquistar meios de expressão da sua identidade e da autorrealização, exteriorizando suas tensões e conflitos.

Na mesma medida, a temática do Reconhecimento tem sido um campo fértil para a construção de teorias nas diversas áreas do conhecimento humano, produzindo acalorados debates. Vários estudiosos têm se debruçado sobre a questão, sob enfoques diferenciados[50], tendo como alicerce comum a concepção do jovem Hegel acerca da existência de uma eticidade intersubjetiva, presente em todas as relações sociais. Um desses estudiosos tem sido o sociólogo e filósofo alemão Axel Honneth, especialmente na obra *Luta pelo reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais, na qual assume a tarefa de apresentar uma crítica social, ampliando o conhecimento sobre as atuais formas de poder e de dominação que bloqueiam a comunicação, revisitando a dialética da ilustração.

Partindo de percepções de injustiça, sentimentos de desprezo em face do não reconhecimento que prepondera na irracionalidade da moderna sociedade capitalista (em uma acepção negativa de reconhecimento), e inspirado nas

50. A teoria do reconhecimento é abordada sob enfoques diferentes, especialmente nas seguintes obras: HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003; TAYLOR, Charles. *As fontes do* self: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997; RICOEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. São Paulo: Loyola, 2006.

teorizações do jovem Hegel e de George Mead, Honneth expõe um modelo técnico-normativo de uma luta moralmente motivada por reconhecimento[51].

Para criticar a reificação e as práticas de desrespeito contra o ser humano, Honneth entende que a história da sociedade e de seu sistema de direitos se dá a partir da pressão por ampliação das relações de reconhecimento. Assim, a luta por reconhecimento aproveita as mudanças experimentadas pela modernidade, notadamente do seu processo evolutivo social e moral na promoção dos direitos humanos e fundamentais, sendo recepcionada como uma espécie de "pressão social", que fomenta novas condições de participação social na formação racional da vontade pública, sujeita, portanto, a um permanente questionamento[52].

Honneth centra sua teoria essencialmente no conflito que impera na sociedade, extraindo daí um conceito moral de luta social e uma explicação acerca do processo de evolução social. Para ele, os indivíduos e os grupos sociais somente podem formar a sua identidade quando forem reconhecidos intersubjetivamente.[53] Para tanto, desenvolve uma concepção no sentido de existirem três esferas de reconhecimento, que correspondem às distintas dimensões da vida pelas quais cada indivíduo percorre em seu processo de crescimento, internalização dos valores sociais e formação de sua identidade: o amor (as relações primárias), o direito (as relações jurídicas) e a solidariedade (comunidade de valores culturais e socialmente constituídos). Essas três formas explicariam a origem das tensões sociais e as motivações morais dos conflitos. Resume, então, em poucas palavras:

> (...) na relação afetiva de reconhecimento da família, o indivíduo humano é reconhecido como ser carente concreto, na relação cognitivo formal de reconhecimento do direito, como pessoa de direito abstrato, e finalmente, na relação de reconhecimento do Estado, esclarecido no plano emotivo, como universal concreto, isto é, como sujeito socializado em sua unicidade.[54]

51. No trato do tema, importa leitura de FORST, Rainer. *Justificação y crítica*: perspectiva de una teoría crítica de la política. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2011. p. 113-171.
52. HONNETH, Axel. *Crítica del agravio moral*: patologías de la sociedad contemporánea. Trad. Peter Storandt Diller. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica: Universidad Autônoma Metropolitana, 2009. p. 156.
53. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 269.
54. *Ibidem*, p. 59-60.

A primeira forma de reconhecimento, a esfera do amor, com apoio na psicanálise, consiste nas relações primárias, que têm como objeto a natureza afetiva do indivíduo como ser carente, isto é, as ligações ou os fortes laços emotivos mantidos entre as pessoas, como o amor e a amizade, e, de forma prioritária, a família. Seu ponto de partida é a relação amorosa entre mãe e filho, em que nos primeiros meses do nascimento existe uma relação simbiótica entre ambos, uma vez que, de um lado, o filho depende exclusivamente dos cuidados da mãe, e, do outro, a mãe deseja atender a todas as necessidades do filho. Na medida em que a mãe é chamada a voltar à sua rotina de vida, o filho começa a perceber que o corpo da mãe não está mais sempre presente, ou seja, que não é uma extensão do seu próprio corpo, e a dependência passa a ser relativa. É nesse período que a criança desenvolve sua capacidade para uma ligação afetiva. Ela reconhece o outro como alguém com direitos próprios, independente da sua pessoa.

Para Honneth, o amor somente surge quando a criança reconhece o outro como uma pessoa independente, isto é, quando não está mais num estado simbiótico com a mãe. E essa experiência bem-sucedida de amor materno é a base para que a criança adquira autoconfiança e, a partir de então, aprimore sua personalidade de forma saudável, o que é indispensável para a sua autorrealização. O amor seria a esfera mais elementar e básica do reconhecimento.

Já a segunda esfera dar-se-ia no processo de identificação e pertencimento ao Estado de Direito. E esta se diferenciaria do amor no modo como ocorre o reconhecimento da autonomia do outro. No amor esse reconhecimento é possível porque há dedicação emotiva. Ao passo que, no Direito, porque há respeito. Em ambos, somente há autonomia quando se compreendem os parceiros de interação como pessoas igualmente livres e autônomas.

Recorda Honneth que, na história do Direito, no século XVIII, havia os direitos liberais da liberdade; no século XIX, os direitos políticos de participação e, no século XX, os direitos sociais de bem-estar. De modo geral, essa evolução mostra a integração do indivíduo na comunidade e a ampliação das capacidades, que caracterizam a pessoa de direito. Nessa esfera, a pessoa é reconhecida como autônoma e moralmente imputável ao desenvolver sentimentos de autorrespeito. Assim, ver-se reconhecido pelo Direito ou pela legalidade teria por pressuposto considerar a igualdade de condições entre os sujeitos sociais, como portadores dos mesmos direitos, com idêntico valor. Logo, o conflito que emerge no âmbito dessas relações de reconhecimento ocorre em torno da condição de igualdade. Na medida em que todos são iguais, todos devem ter acesso aos mesmos bens socialmente considerados. Na medida em que lhe são subtraídos seus direitos, o sujeito perde a condição de membro de igual

valor na sociedade. Como resultado de tal aspiração, dilata-se gradativamente o âmbito de direitos e pretensões jurídicas individuais que são geradoras da ampliação das propriedades universais de uma pessoa[55].

Em síntese, o sujeito experimenta o reconhecimento jurídico quando compartilha com todos os outros membros da coletividade, livre de constrições materiais e de forma autônoma, da formação discursiva da vontade geral[56].

Por fim, a solidariedade seria o terceiro e último nível de reconhecimento. Para Honneth, juntamente com a autoconfiança (advinda da dedicação afetiva) e com o autorrespeito (advindo do reconhecimento jurídico), para o indivíduo alcançar a autorrealização completa, faz-se fundamental que tenha autoestima. Diferente do âmbito jurídico, que trata de um tipo de reconhecimento universal que diz respeito às propriedades de todas as pessoas, a estima social expressa um termo médio que concerne às diferenças de propriedades entre sujeitos humanos, vinculados intersubjetivamente[57]. Aqui se remete à aceitação recíproca das qualidades (propriedades e capacidades) individuais concretas, julgadas a partir dos valores existentes na comunidade.

Ainda como produto das transformações operadas pela revolução burguesa que derrubou o conceito de honra hierárquica, a modernidade erigiu em seu lugar o conceito de prestígio ou reputação social. Se no passado a reputação social de uma pessoa estava vinculada ao fato de pertencer a determinado grupo culturalmente tipificado, escalonada em uma hierarquia, com a passagem para a modernidade operou-se a desvinculação da autoestima dessa ideia de honra estamental, migrando para o campo das capacidades e das realizações individuais. O critério de nascimento é substituído pelo critério do saber, pela qualidade e quantidade de conhecimento como novo elemento de hierarquização. Ou seja, a reputação social de uma pessoa deixa de ser medida pelo valor previamente atribuído ao grupo social ao qual pertence, não sendo mais aferida sob o enfoque coletivista, e passa a repousar na qualidade individual da cada pessoa, como grandeza biograficamente individuada[58]. A estima social, então, passa a dizer respeito à valoração social das propriedades individuais: pelos valores de cada um, reconhecidos pela coletividade, que os considera como importantes e, por isso, enaltece-os. Assim, o sujeito somente complementará

55. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 189.

56. *Ibidem*, p. 193-194.

57. *Ibidem*, p. 199.

58. *Ibidem*, p. 204.

sua experiência de reconhecimento caso seus atributos pessoais correspondam ao que for digno de apreço e esperado pelo seu contexto social.

Dentro desse cenário histórico, a honra social vai se *adelgaçando gradativamente* e cede lugar à reputação e ao prestígio social, nos quais a estima da pessoa socialmente se avalia a partir das suas realizações e suas qualidades individuais. A partir de então, a luta por estima social passa a ser aquela na qual os indivíduos e os grupos buscam reconhecer o valor das capacidades associado à sua forma de vida. E, nas relações internas de tais grupos, as formas de relacionamento e interação assumem o caráter de relações solidárias. Nesse momento, Honneth lança a versão embrionária de um conceito de *Solidariedade*, definindo-o como uma espécie de relação interativa em que as pessoas tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que eles se estimam entre si de maneira simétrica. Logo, Honneth introduz a ideia de que o sentimento de solidariedade estaria vinculado à noção de relações simétricas entre os membros da comunidade. E, se estimar simetricamente significaria considerar-se reciprocamente à luz dos valores que fazem as capacidades e as propriedades do outro como relevantes para a vida comum. Significa a possibilidade de qualquer sujeito ter a chance de ter reconhecida as suas qualidades como valiosas e necessárias para a sociedade[59].

Lembra Honneth que relações dessa espécie podem se chamar de *solidárias* porque elas não despertam somente a tolerância para com a particularidade individual da outra pessoa, mas também o interesse afetivo por essa particularidade: só na medida em que eu cuido ativamente de que suas propriedades, estranhas a mim, possam se desdobrar, os objetivos a que nos são comuns passam a ser realizáveis.[60]

Dessa forma, a solidariedade estaria ligada à concepção de tolerância com as capacidades individuais e estima por tais potencialidades. Nesse passo, cada um deveria ter a possibilidade de realizar suas próprias aptidões, as quais podem ter valor social[61]. Por meio dessa esfera, gera-se a autoestima, ou seja, uma confiança nas realizações pessoais e na posse de capacidades reconhecidas pelos membros da comunidade. A valoração e a autoestima dos sujeitos serão maiores, na medida em que a identidade construída e reconstruída, em interação social, corresponder ao esperado pela comunidade.

59. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 211.

60. *Ibidem*, p. 210-211.

61. *Idem*.

No limite, na lição de Honneth, para cada forma de reconhecimento (amor, direito e solidariedade), há uma autorrelação prática do sujeito (autoconfiança nas relações amorosas e de amizade, autorrespeito nas relações jurídicas e autoestima na comunidade social de valores). A identidade moral é, pois, formada por essas autorrelações. E a ruptura dessas autorrelações pelo desrespeito produz um efeito extremamente nocivo na formação individual e ao mesmo tempo impede o sujeito de reconhecer-se como tal e de participar na vida pública, germe dos conflitos sociais. Dessa forma, na sua teoria de luta por reconhecimento, o conflito iniciaria por meio da experiência de desrespeito. O desrespeito ao amor seriam os maus-tratos e a violação, que ameaçam a integridade física e psíquica, ferindo a confiança advinda do amor e da dedicação afetiva; o desrespeito ao direito seria a privação de direitos e a exclusão, pois atinge a integridade social do indivíduo como membro de uma comunidade político-jurídica, uma vez que há um rebaixamento que despe a pessoa do seu autorrespeito moral, *desigualizando-o* diante dos demais integrantes da comunidade; o desrespeito à solidariedade seriam as degradações e as ofensas, que afetam os sentimentos de honra e dignidade do indivíduo como membro de uma comunidade cultural de valores, provocando um rebaixamento do valor social de determinados indivíduos ou grupos sociais[62].

Com isso, Honneth almeja uma *normativização ética universal*, abstrata para não levantar suspeita de aderir a uma concepção particular e, ao mesmo tempo, servir de orientação pelo objetivo da autorrealização humana. Em resumo, eticidade, para ele, seriam as condições intersubjetivas que servem à autorrealização individual e funcionam, ao mesmo tempo, como seus pressupostos normativos.[63] Sem qualquer pretensão reducionista, mas a sociedade moderna se caracterizaria atualmente como uma constante luta do indivíduo na busca do reconhecimento tanto como pessoa autônoma livre quanto membro de grupos ou de culturas específicas.

5. A luta por reconhecimento no espaço escolar: uma nova leitura da violência e da indisciplina

Projetando as lições de Honneth para o universo escolar, não é difícil inferir que é permeado por demandas por reconhecimento. Com efeito, parcela significativa dos atores escolares enfrenta problemas na montagem de seus

62. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 215-218.

63. *Ibidem*, p. 271-272.

processos de reconhecimento já nas relações primárias, quando suas vivências familiares são afetadas pela violência e/ou pela negligência. Ao lado disso, também enfrentam obstáculos no seu reconhecimento jurídico, visto que não são respeitados em seus direitos fundamentais e humanos, de modo especial, quando não se veem acolhidos na igualdade e na diferença, e são submetidos a um modelo disciplinar e a um processo de aprendizagem opressivos, excludentes e seletivos, condições para que sejam considerados partícipes do pacto de convivência socialmente estabelecido, afetando seu autorrespeito. São momentos em que "violência institucional" da escola se intensifica, como reprodutora das relações de poder e de desigualdade. De igual forma, esses atores não têm sido reconhecidos em suas capacidades individuais, pois não conseguem corresponder ao padrão esperado ou projetado. Assim, novamente a "violência da escola" capilariza-se, seja na discriminação, seja na indiferença, seja nos processos avaliativos e de notação, a ameaçar à autoestima.

Honneth alude que esses três conjuntos de experiências de desrespeito social, na medida em que privam os sujeitos de sua liberdade de ação e os ferem na compreensão de si próprios, motivam a pessoa a entrar numa luta ou num conflito prático, adotando uma postura ativa. Nesse momento, as denominadas "reações emocionais negativas", como a vergonha, a ira, o desprezo, a vexação, emergem como um combustível psíquico para a ação, assim como para que o sujeito perceba que aquilo que lhe está sendo denegado o é de modo injustificado, catapultando-o na busca de emoções positivas.[64] Nessa microfísica, as ações de "violência contrainstitucional", alavancadas por essas emoções negativas, configuram reações visíveis às vivências que oscilam do desrespeito à humilhação, trazendo no seu bojo a busca de reconhecimento, que, por outro lado, são fundamentais para a formação das suas identidades. Especialmente se esses sujeitos forem adolescentes, marco etário em que ser reconhecido significa ser visto como alguém que possui características específicas que o distinguem dos outros; significa ser respeitado em sua forma de ser. Ser diferente convive em permanente tensão com a sua contrapartida: ser igual a todos. O não ser visto "como igual", o que significa, nesse contexto, ser visto "como inferior", ou como "um marginal", gera um sentimento de rejeição, humilhação, exclusão e de punição.

De todo modo, essas reações tendem a ser interpretadas também negativamente, como atos de "violência na escola" ou de "violência contra a escola", e, portanto, como problemas disciplinares, o que contribui para maximizar

64. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 220-221.

ainda mais o sentimento de desrespeito ou negação. É nesse contexto que o modelo de disciplinarização, homogeneização, controle e dominação mostra sua face mais perversa, posto que a escola adota uma postura praticamente de "banimento", temporário ou definitivo, optando pela rejeição e/ou pela rotulação daqueles que não se harmonizam com o modelo ou padrão idealizado ou desejado, já que desafiam as normas, os modelos de pensamento e os pactos de convivência preestabelecidos.

Uma perversidade que penaliza o aluno duplamente, principalmente aquele que se encontra na base da pirâmide social. Se não bastasse não ser notado, não ser ouvido, não se sentir visível, não se sentir aceito, não se sentir valorizado, não ser reconhecido, tendo seus direitos violados, no momento que age, buscando visibilidade e extravasando sua inconformidade, tal atitude acaba por militar em seu desfavor, impulsionando mecanismos repressores por parte da escola, geradores de maior rejeição ou negação, o que termina por reforçar os processos de construção de uma identidade simplesmente reativa, mediante a utilização de mecanismos de defesa e atitudes mais agressivas.

Com o dito proceder, a escola sofre os influxos de determinadas *patologias sociais,* muito bem identificadas por Honneth[65], quando detecta, nas sociedades atuais, uma *rigidez de pensamento* ou *pensamento único* de se deslocar para o âmbito do Direito toda a conflituosidade que deságua da sociedade, perdendo de vista que o sistema do Direito (centrado em direitos subjetivos e, pois, individuais), em muitas oportunidades, implica a postergação da solução consensual e deliberada dos problemas sociais.

Segundo Honneth, as "patologias sociais" são caracterizadas pela deterioração das capacidades racionais dos membros da comunidade ao participar da cooperação social de maneira competente, gerando desrespeito e exclusão. E isso acontece quando alguns ou todos os membros de uma sociedade se equivocam sistematicamente a respeito do significado de uma prática institucionalizada na sociedade, em vez de exercê-las eles mesmos, de um modo diverso e criativo, deixando-se conduzir por tais interpretações errôneas. As "patologias" interferem no plano da apropriação reflexiva das práticas sociais, resultando em comportamentos individuas ou coletivos que obstaculizam a participação nos processos de cooperação e decisão social. Seriam, em uma

65. HONNETH, Axel. *El derecho de la liberdad:* esbozo de una eticidad democrática. Buenos Aires: Katz, 2014. p. 119-129. Para Honneth, *patologia social* se relaciona com certos acontecimentos sociais que levam a uma deterioração das capacidades racionais dos membros da sociedade de participar, de formas decisivas, na cooperação social.

breve síntese, déficits de racionalidade ou de práticas e convicções que incidem sobre a autonomia e liberdade do sujeito, não produto de um distúrbio psíquico, mas, sim, de um desaprendizado, no qual, por influência de forças sociais, o indivíduo se anula e se mutila, não sabendo mais como praticar ou participar de processos de cooperação e decisão.[66]

E, conforme Honneth, isso se dá quando, na vida cotidiana, os sujeitos aferram-se à judicialização dos conflitos:

> (...) no caso de divisões ou litígios sociais, nos fixamos intensamente no papel de uma ou outra entidade jurídica; que o potencial de arbítrio do agir comunicativo – e, não raro, o motivo original do conflito – cai no esquecimento, e o que é entendido como a própria liberdade é definido exclusivamente nos termos da soma dos direitos disponíveis para alguém, e por isso é apropriado falarmos na inversão de um meio num fim em si mesmo de todo o agir. (...). a causa da perturbação reside na incapacidade, por parte dos atores, de entender e efetivar adequadamente o sentido das margens de ação que lhes abre o direito: em vez de contemplar a oportunidade de se livrar temporariamente de todas as imposições comunicativas da justificação e realizar as próprias intenções que, no entanto, são orientadas apenas para o êxito, a interrupção da comunicação (...) é mal interpretada e concebida como forma de coordenação de todas as demais interações.[67]

Ou seja, as pessoas passam a formalizar suas relações e conceber a sua liberdade em termos estritamente jurídicos, agindo tão somente como portadoras de direitos subjetivos – submetidas, portanto, a uma formulação jurídica – estabelecendo uma comunicação centrada unicamente em direitos, restringindo seu espaço de liberdade ao rigorosamente delineado pelo mundo jurídico, perdendo, assim, a visão macrossocial do fenômeno conflitivo, assim como de outras formas de integração social e comunicativa.

Assiste-se, dessa forma, a um amplo processo de jurisdificação das práticas sociais, que culmina abarcando a família, a escola, o espaço laboral, enfim, todo o sistema social, que é traduzido, com exclusividade, para o sistema do Direito, no qual se impõe juridicamente os interesses ameaçados aos parceiros de interação, perdendo-se a oportunidade de se aprender com o conflito, que, no seu âmago, apresenta uma desfuncionalidade social.[68]

66. HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 157-158 e 208-209.

67. *Ibidem*, p. 160-161.

68. *Ibidem*, p. 160-163.

No que arremata Honneth:

> A submissão dos processos da vida real ao meio do direito produz a coerção de prescindir das experiências concretas dos participantes, de permitir que suas necessidades valham apenas à medida que se ajustam ao esquema de interesses de tipificação geral, dissociando-se dos contextos comunicativos da vida.[69]

Ora, a escola, no seu afã de controlar e vigiar, vê-se premida por essa patologia, uma vez que, no tratamento dos conflitos que eclodem em seu território, faz uso de sua violência institucional, encartada em seus mecanismos disciplinares, ou no momento em que o modelo resolutivo da escola revela-se ineficaz, transferindo a resolução ao Poder Judiciário, delegando-lhe a missão final para tratá-lo e dirimi-lo, judicializando os conflitos escolares, o que acarreta uma reificação do conflito. Melhor dito, desloca a resolução da conflitualidade escolar para o modelo retributivo/punitivo/disciplinar, no qual a franca maioria dos membros da comunidade escolar é alijada da participação efetiva e concreta de qualquer decisão, perdendo visibilidade e significação.

Se o ser humano, como já dito anteriormente, no seu processo de desenvolvimento, sobretudo na adolescência, forma sua identidade por meio de um processo intersubjetivo, inter-relacionando-se com a comunidade em que está inserido, construindo seus valores ou preferências pessoais, aprendendo a conviver coletivamente, a escola, como uma das instituições que transmitem valores e modelos sociais de comportamento, interfere decisivamente nesse processo. Se os conflitos e sentimentos relacionados à "violência contrainstitucional", então tratados como faltas disciplinares, puderem ser visualizados e compreendidos à luz da luta por reconhecimento, e articulados em uma perspectiva universalizante, estar-se-ia dando um salto de qualidade na construção de práticas educativas que possibilitem a formação de identidades com base na autoconfiança, na autoestima e no respeito mútuo, e, portanto, de nova "moral escolar", de uma "nova eticidade escolar", vocacionada a servir de base para a autorrealização da pessoa.

Pondera Guimarães:

> (...) quando a escola enrijece suas normas e aplica apenas uma lei única para todos os casos, o coletivo se desestrutura porque as discordâncias, deixando de ser objeto de negociação, enfraquecem os vínculos da trama social. (...).

69. *Ibidem*, p. 164.

> O conflito está sempre presente, o que obriga a trabalhar, a cada momento, com todas as turbulências do dia-a-dia, localizando as formas através das quais elas se compõem em relação aos limites e às coerções da instituição. (BAUDRY, 1988, p. 5-17). Uma disciplina homogeneizadora que valha para a escola toda, feita para um conjunto de alunos equivalentes àqueles de um passado idealizado ("dos velhos tempos") está destinada ao fracasso. Com o advento das escolas de massa, há outras regras em jogo que nada tem a ver com a experiência que vivemos no passado. Existe um conjunto de histórias tão diversificadas que precisam ser conhecidas para que os educadores descubram os mundos de onde os alunos provêm.[70]

Almejar uma escola sem conflitos, assim como acreditar que todos os conflitos são negativos e nefastos, é ilusório. Não se olvida que historicamente o termo "conflito", em quaisquer de suas variantes, provoca no senso comum uma repulsa, posto que associada a um fenômeno que proporcionaria perda ou destruição, ao menos, a uma das partes envolvidas. Bem por isso, a tendência natural ao ouvi-lo é exorcizá-lo ou negar sua existência. Ocorre que os conflitos são intrínsecos a toda relação humana e é impossível ambicionar uma relação plenamente consensual. A questão então é saber se é possível uma leitura positiva do conflito ou, mesmo, considerar determinadas manifestações conflitivas como aceitáveis ou toleráveis nas interações intersubjetivas, com sua consequente desestigmatização. É o que propõe esse debate acerca dos atos de "violência contrainstitucional". Entende-se possível, sim, uma concepção positiva e compreensiva dos conflitos, a ser incorporada à realidade escolar, como criadora de uma nova relação interna. E isso porque o conflito que dali aflora é diferenciado, pois traz a marca da luta por reconhecimento de igualdade, liberdade, diferença e outros direitos da cidadania, de combate à violência institucional e aos efeitos dos poderes que lhe são subjacentes, portanto, a marca da conquista da identidade e da autorrealização dos envolvidos enquanto indivíduos e membros de uma sociedade.

Tem-se hoje, como já referido, uma escola alicerçada na ótica da disciplina e do controle, planificada para exercer a missão de reprodução da cultura e dos valores dominantes na sociedade, podendo até, metaforicamente "esmagar os alunos sob o peso da violência institucional".[71] Mas também ainda é o

70. GUIMARÃES, Áurea Maria. Indisciplina e violência: a ambiguidade dos conflitos na escola. *In:* AQUINO, Julio Groppa (org.). *Indisciplina na escola*: alternativas teóricas e práticas. 9. ed. São Paulo: Summus, 1996. p. 80.

71. CHARLOT, Bernard. A violência na escola: como os sociólogos franceses abordam essa questão. *Sociologias*. Porto Alegre. ano 4. n. 8. jul.-dez. 2002. p. 436. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/soc/n8/n8a16.pdf]. Acesso em: 08.01.2016.

lugar do conhecimento, da educação, do diálogo e da produção de sujeitos (sejam eles professores ou alunos). Por isso, entende-se possível abrir espaços na busca de um modelo de escola mais justo, democrático e inclusivo, que não rejeite ou estigmatize as iniciativas dos alunos para serem reconhecidos, mesmo que esses não se enquadrem nos padrões admissíveis de comportamento, buscando compreendê-los no contexto de sua trajetória pessoal e cultural, bem como que reconheça e incorpore as últimas conquistas da cidadania e dos direitos humanos, ainda que se estabeleça uma nova correlação de forças no seu interior.

O desafio, como lança Torres[72], é "pensar criticamente sobre as falhas do passado e sobre o sem-número de práticas excludentes que ainda permeia o processo de escolarização – daí trazendo para a linha de frente as questões de poder e dominação, classe, raça e sexo".

Em simetria com esse pensamento, há que se caminhar no sentido de rever os atuais conceitos de violência e indisciplina escolar, a partir de uma nova leitura acerca dos atos de "violência contrainstitucional". Como diz Debarbieux, "se a violência é construída, então ela pode ser desconstruída".[73]

E um primeiro passo, seria uma revisão dos critérios e das instâncias normativas que atualmente governam a escola, isto é, dos regimentos e estatutos, já que os atuais não criam as mínimas condições para a pavimentação de qualquer reconhecimento intersubjetivo, além de serem fontes permanentes de tensionamento. Sabe-se que o modelo disciplinar da escola vem se esquivando de recepcionar determinados avanços conquistados pela cidadania e de passar por um processo de contaminação constitucional, o que significaria, no mínimo, por repensar os modelos e métodos de resolução dos conflitos atualmente em vigor na escola, que reflitam os novos ares e valores da democracia, da tolerância, da alteridade, igualdade e justiça. E isso, certamente, redundará na abertura de espaços para debater novas possibilidades de regulação da conflitualidade e de práticas de pacificação dotadas de efetividade, fundadas em outro paradigma compositivo, sem que venha a desmerecer a relevância do sistema atual, tampouco lhe subtrair a primazia ou o protagonismo na interlocução da conflitualidade escolar, operando ao seu lado, isto é, em concomitância

72. TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo*: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Trad. Carlos Almeida Ferreira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. p. 103.

73. DEBARBIEUX, Éric. Violência nas escolas: divergências sobre palavras e um desafio político. *In:* DEBARBIEUX, Éric; BLAYA, Catherine (org.). *Violências nas escolas e políticas públicas*. Brasília, DF: Unesco, 2002. p. 75.

e em harmonia. Noutras palavras, oxigenar, rediscutir e refazer seu paradigma normativo por meio da universalização dos direitos.

Para tanto, a escola atual deverá passar por um processo de reconstrução, uma vez que, por mais que imersa em uma sociedade de controle e vigilância, com resquícios do modelo disciplinar, pode evoluir para um modelo mais justo e democrático, no qual se estabeleça uma nova correlação de forças no seu interior, de molde a respeitar o conjunto dos atores que militam no seu universo.

Nesse contexto, a parceria com os alunos e com a comunidade escolar é fundamental. Envolver essas parcelas na construção do novo paradigma, através do diálogo, e em paridade de participação, não só pode representar uma ferramenta que possibilite, notadamente aos jovens, a formação de personalidades aptas a debater, incorporar, criticar e recriar normas e valores da sociedade como também estabelecer um novo compromisso ético, resgatando o autorrespeito, a autoconfiança e a autoestima desses atores. Uma escola que não rejeite ou estigmatize as iniciativas, por exemplo, dos alunos para serem reconhecidos, mesmo que eles não se enquadrem aos padrões admissíveis de comportamento, buscando compreendê-los no contexto de sua trajetória pessoal e cultural, é uma escola que caminha no sentido dessa reformulação e reconstrução. Enfim, um saber escolar que minimize os efeitos da sua violência institucional, que se constitua em um espaço de consolidação da cidadania e dos direitos humanos, que faça da gestão e da resolução conjunta dos conflitos uma prática cotidiana, germinando uma atitude ética de reconhecimento do outro.

6. Algumas considerações finais

Embora se viva na fase da sociedade de controle, não se pode olvidar que o modelo de escola disciplinar, nascido a partir do final do século XVIII, com certos temperamentos, mantém-se atual. Apesar dessa *evolução humanizante* e das novas configurações sociais, o olhar disciplinador, ao que parece, permanece sempre atento, intervindo continuamente. Uma vigilância sutil, quase transparente, possibilitando que os comportamentos permaneçam constantemente "docilizados" e os corpos controlados para serem agora, além de úteis, plásticos, maleáveis, remodeláveis ou flexíveis.

E a principal consequência disso foi que a escola, nos últimos quatro séculos, transformou-se na instituição social mais poderosa, ampla e capilarizada da contemporaneidade, a promover a íntima articulação entre o poder e o saber, fazendo dos saberes a linha de transmissão e de legitimação dos poderes que estão ativos na sociedade, que forjaram e continuam forjando os sujeitos.

Dito de outro modo, converteu-se em uma das mais eficientes agências sociais de normalização, ofertando ao sistema de poder os mais diversos perfis de indivíduos, classificando-os com vista a sua utilidade para a sociedade.

Nesse contexto, ainda que se atribua à escola a louvável missão de atuar na formação, no desenvolvimento e na socialização do indivíduo, através do acesso aos conhecimentos e ao patrimônio científico/cultural produzido pela humanidade, dentro da engrenagem socioeconômica dominante, ela ainda desempenha a tarefa de fabricar e modelar subjetividades que interiorizem valores e papéis a serviço desse quadro societário, o que de certa forma revela a sua fraqueza pela submissão, muitas vezes velada, aos sistemas de poder, de controle, de produção, de manipulação ideológica e de adaptação dos indivíduos ao meio produtivo[74].

Como destacam Cruz e Freitas:

> (...) apesar de produzir saber, o poder disciplinar, com todos os seus artifícios de controle e submissão, cria indivíduos que toleram toda prática exercida sobre eles. Assim, o conhecimento transmitido nessa "escola disciplinar" serve para construir uma peça de engrenagem para a máquina capitalista. Com isso, a escola não tem buscado formar indivíduos críticos, ela sempre exerceu sua função de forma egoísta, sem se preocupar com o período vivido, pois é normal que se mudem os professores ou as arquiteturas da escola, mas o intuito de formar massas de manobra para o mundo capitalista permanece. O aluno não é parte fundante da escola, ele tem sido apenas receptor de suas ideias, mas nunca formulado.[75]

Em suma, a escola atual é um local para ensinar e socializar, mas, fundamentalmente, para controlar, normalizar, vigiar e punir.

A percepção desse estado de arte e dos conceitos a ele vinculados favorece outro olhar sobre as relações de poder e o fenômeno da violência na escola, especialmente no que tange à violência inerente a esse modelo educacional, produzida pela própria escola – a institucional – que afeta quase que silenciosamente a todos os envolvidos no processo pedagógico, mas, principalmente, aqueles que se encontram na base da pirâmide escolar. E é nessa escola

74. HENNING, Leoni Maria Padilha. Contribuição da filosofia frente à questão da violência, indisciplina e educação. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010. p. 45.

75. CRUZ, Priscila Aparecida da Silva; FREITAS, Silvane Aparecida de. Disciplina, controle social e educação: um breve estudo à luz do pensamento de Michel Foucault. *Revista Levs/Unesp*. Marília: Ed. 7. jun. 2011. p. 36-49.

alicerçada na ótica da disciplina e do controle que se busca abrir fissuras para um modelo mais justo e democrático, que incorpore as últimas conquistas da cidadania e seja um espaço de implementação dos direitos humanos, rumo a um novo compromisso ético.

Nessa linha de pensamento, determinados paradigmas deverão ser rediscutidos, o que certamente impactará nas relações de poder no âmbito escolar. E uma das primeiras mudanças diz respeito a uma releitura de determinadas atitudes de parte dos educandos que atuam nas margens desse modelo educacional e que resistem a essa cultura vigilante e disciplinar, desvencilhando-os do caráter de transgressão e delinquência que lhe é impingido pelo sistema disciplinar. Cuidam-se, na verdade, de demandas por reconhecimento, na luta incessante do diferente e do desigual para se sentir parte dessa coletividade, visível em seu contexto de interação, em última instância, *valorizado*.

E, para impulsionar esse processo, o primeiro movimento passaria por uma revisão dos ordenamentos atualmente vigentes nas escolas, que amplie a democracia e a paridade de participação de todos que interagem nesse universo, com regras claras de convivência ética, de direitos e deveres, tanto de alunos quanto de professores e funcionários, procedimentos e sanções, que minimamente salvaguardem o devido processo legal, constituindo novos lugares para professores e alunos, instituindo um novo marco regulatório com ênfase na perspectiva democrático-participativa e na responsabilidade coletiva, reconhecendo as diferenças e distribuindo igualdades, lançando as fundações para um novo compromisso ético de autonomia e liberdade, que, na acepção de Honneth, resgate, ainda que em pequenas doses, mas, progressivamente, o autorrespeito, a autoconfiança e a autoestima desses atores.

Um sistema que, sobretudo, inverta a atual lógica predominante na escola, privilegiando as soluções dialógicas e consensuais, na qual o modelo principal, de caráter normalizador e verticalizado, centrado na vigilância e na disciplina, seja apenas acionado alternativa ou subsidiariamente.

Sem uma subjetividade livre, autônoma, confiante e criativa, não será possível ao indivíduo amenizar os efeitos do saber e do poder das disciplinas que normalizam e adestram, não será possível criar novos estilos de vida, pautados por esse novo modelo ético de relacionamento.

Não há dúvidas de que as razões dos conflitos que ocorrem na escola não residem unicamente nas práticas escolares. A pluralidade de motivos de ações que se entrecruzam no espaço vivo da escola reflete-se na complexidade das experiências que ocorrem nesse espaço.

Contudo, por mais paradoxal que seja, é tarefa da escola revisar, permanente e consensualmente, as pautas e regras que regulam os processos de interação

no interior do espaço escolar, gestando marcos mais dinâmicos de convívio. Longe de permanecer mascarando sua própria violência ou apontando causas externas, precisa se autoavaliar e se organizar a partir de dentro. Assim, a despeito dos seus limites, pode ser esse um espaço de mudança e franquear caminhos para a busca de novas estratégias que ajudem a qualificar o relacionamento das partes envolvidas no processo de ensino, abrindo-se as portas para um sistema mais pluralista e democrático de convivência e de resolução de conflitos, possibilitando que alunos e professores mantenham entre si relações mais justas, simétricas ou igualitárias, contribuindo para uma nova eticidade nas relações escolares.

7. Referências

ABRAMOVAY, Miriam; RUA, Maria das Graças (org.). *Violências nas escolas*. Brasília, DF: Unesco; Instituto Ayrton Senna; Unaids; Banco Mundial; Usaid; Fundação Ford; Consed; Undime, 2002.

ADORNO, Theodor W. *Dialética negativa.* Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

AQUINO, Julio Groppa. As transgressões da ordem escolar. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plinio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CHARLOT, Bernard. A violência na escola: como os sociólogos franceses abordam essa questão. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 4, n. 8, p. 432-442. jul.-dez. 2002. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/soc/n8/n8a16.pdf]. Acesso em: 08.01.2016.

CHAUÍ, Marilena. Explicações para a violência impedem que a violência real se torne compreensível. *Folha de São Paulo*. São Paulo. 14.03.1999. Disponível em: [www.cefetsp.br/Edu/eso/comportamento/ violenciachaui.html]. Acesso em: 26.11.2014.

CRUZ, Priscila Aparecida da Silva; FREITAS, Silvane Aparecida de. Disciplina, controle social e educação: um breve estudo à luz do pensamento de Michel Foucault. *Revista Levs/Unesp*. Marília: Ed. 7, p. 36-49. jun. 2011.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia*: porfordismo y control de la multitud. Trad. José Àngel Brandariz Garcia e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

DE GIORGI, Alessandro. *Tolerância cero*: estratégias y práticas de la sociedad de control. Trad. Iñaki Rivera Beiras e Marta Monclus. Barcelona: Vírus, 2005.

DEBARBIEUX, Éric. Violência nas escolas: divergências sobre palavras e um desafio político. *In:* DEBARBIEUX, Éric; BLAYA, Catherine (org.). *Violências nas escolas e políticas públicas*. Brasília, DF: Unesco, 2002.

DELEUZE, Gilles. *Conversações.* Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2008.

DELEUZE, Gilles. *Conversações:* 1972-1990. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2013.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2005.

ENGUITA, Mariano Fernandez. *A face oculta da escola*: educação e trabalho no capitalismo. Trad. Thomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

ESPOSITO, Roberto. *Bíos*: biopolítica y filosofia. Trad. Carlo R. Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

FORST, Rainer. *Justificação y crítica*: perspectiva de una teoría crítica de la política. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2011.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 1999a.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999b.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Trad. Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 27. ed. São Paulo: Graal, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Sobre a ilustração.* Trad. Javier de la Higuera, Eduardo Bello e Antonio Campillo. Madrid: Tecnos, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

GUIMARÃES, Áurea Maria Guimarães. Indisciplina e violência: a ambiguidade dos conflitos na escola. *In:* AQUINO, Julio Groppa (org.). *Indisciplina na escola*: alternativas teóricas e práticas. 9. ed. São Paulo: Summus, 1996.

HART, Michel; NEGRI, Antonio. Império. Trad. Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005.

HENNING, Leoni Maria Padilha. Contribuição da filosofia frente à questão da violência, indisciplina e educação. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010.

HONNETH, Axel. *Crítica del agravio moral*: patologías de la sociedad contemporánea. Trad. Peter Storandt Diller. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica: Universidad Autônoma Metropolitana, 2009.

HONNETH, Axel. *El derecho de la liberdad:* esbozo de una eticidad democrática. Buenos Aires: Katz, 2014.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

JUSTO, José Sterza. Escola no epicentro da crise social. *In*: LA TAILLE, Yves de (org.). *Indisciplina/disciplina*: ética, moral e ação do professor. Porto Alegre: Mediação, 2005.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. As mutações do leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: edificação da sociedade de controle e a criminologia do autuarismo penal. *RBCCrim*. v. 103. São Paulo. p. 289-321. jul.-ago. 2013.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração* – criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. Imperialismo e divisão do trabalho. *Direito em Debate*. n. 23. Ijuí. p. 25-49. jan.-jun. 2005.

MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. *In*: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 27. ed. São Paulo: Graal, 2013.

MANACORDA, Mario Alighiero. *História da educação*: da antiguidade aos nossos dias. Trad. Gaetano Lo Monaco. São Paulo: Cortez, 2000.

NEVES, Paulo Sergio da Costa. Violência e cotidiano escolar. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010.

RICOEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. São Paulo: Loyola, 2006.

ROCHA, Cristianne Maria Famer. Espaços escolares nada fora de controle. *In*: REUNIÃO ANUAL, 23. Caxambu, MG, 2000. *Anais eletrônicos...* Caxambu, MG, 2000. Disponível em: [http://23reuniao.anped.org.br/textos/1202t.PDF]. Acesso em: 26.01.2016.

SCHILLING, Flávia. Violência na escola: reflexões sobre justiça, igualdade e diferença. *In*: HENNING, Leoni Maria Padilha; ABBUD, Maria Luiza Macedo (org.). *Violência, indisciplina e educação*. Londrina: Eduel, 2010.

TAYLOR, Charles. *As fontes do* self: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.

TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo*: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Trad. Carlos Almeida Ferreira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

VIANA, Nildo. Violência e escola. *In*: VIANA, Nildo; VIEIRA, Renato Gomes (org.). *Educação, cultura e sociedade*: abordagens críticas da escola. Goiânia: Germinal, 2002.

ZIMERMAN, David E. *Os quatro vínculos*: amor, ódio, conhecimento e reconhecimento na psicanálise e nas nossas vidas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A formação juspedagógica do gestor escolar: um olhar sob a carência de conhecimento legal, de Cleber dos Santos Pereira – *RDE* 4/363-375 (DTR\2011\5342);
- Art. 205 da CF: o pleno desenvolvimento da pessoa e a educação integrativa, de Maria Garcia – *RDE* 4/285-294 (DTR\2011\5339); e
- Justiça restaurativa no ambiente escolar: discussões sobre a experiência paulista, de Leonardo Arquimimo de Carvalho – *RDE* 6/65-81 (DTR\2013\352).

Direito penal e livre expressão de convicções religiosas

Criminal law and free expression of religious convictions

Marcos Felix de Oliveira

Graduado em Teologia (Universidade Metodista de São Paulo) – 2014. Pós-graduado em Direito Penal (Universidade de Coimbra) – 2010. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal (Universidade Gama Filho) – 2008. Graduado em Direito (UNIVAP) – 1998. Analista judiciário da Justiça Federal.
marcos.murdock@yahoo.com.br

Recebido em: 05.07.2016
Aprovado em: 06.09.2016
Última versão autor: 21.09.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo analisa acusações de preconceitos e discriminações que estariam sendo praticados por grupos neopentecostais contra cultos e adeptos de religiões de matrizes africanas. Para tanto, faz um apanhado histórico da intolerância religiosa no Brasil, traça um paralelo entre a liberdade de expressão religiosa e os discursos de ódio, em um Estado laico que deve a um só tempo abster-se de imiscuir-se em ideologias religiosas, e garantir a liberdade de expressão das convicções de todos os credos.

Palavras-chave: Liberdade – Religião – Tolerância – Afro – Neopentecostais.

Abstract: This article analyzes accusations of prejudice and discrimination that would be being practiced by neopentecostal groups against cults and believers of African matrices religions. To do so, it makes a history of religious intolerance in Brazil, draws a parallel between the freedom of religious expression and the speeches of hatred, in a secular State that should both refrain from meddling in religious ideologies, and guarantee freedom of expression of the beliefs of all faiths.

Keywords: Freedom – Religion – Tolerance – Afro – Neopentecostals.

Sumário: 1. Introdução. 2. O caso Edir Macedo. 3. Alegada intolerância de neopentecostais às religiões afro-brasileiras. 4. Histórico da liberdade religiosa entre Portugal e Brasil. 5. Liberdade de expressão. 6. Laicidade estatal. 7. Discursos de ódio e intolerância religiosa. 8. Liberdade religiosa: o cristianismo e os cultos afros. 9. Crimes contra o sentimento religioso. 10. Conclusão. 11. Bibliografia.

1. Introdução

Nos últimos dias tem-se divulgado na mídia, principalmente na mídia carioca, casos de intolerância religiosa contra os cultos e fiéis da umbanda e do candomblé. As fontes não divulgam o inteiro teor ou a descrição da maioria desses ataques, resumindo-se a afirmar que são agravos, na maioria dos casos perpetrados por protestantes neopentecostais, consistentes em ofensas verbais e violência física aos fiéis daquelas religiões, bem como depredações de seus locais de culto. Também não apresenta a qualificação do agressor, nem a igreja a que estaria vinculado.

Este artigo busca entender esses casos de intolerância e, para tanto, faz um apanhado histórico acerca dos preconceitos e discriminações sofridos pelos adeptos das religiões de matrizes africanas para demonstrar que a intolerância religiosa que sofrem umbandistas e candomblecistas não é um fato isolado ou obra de apenas um segmento religioso. Ao contrário, decorre de uma cultura que antecede a chegada dos portugueses ao Brasil, fruto de tentativas de hegemonia católica associada ao braço físico e fiel do Estado que, por meio de sua legislação penal, impingiu severos castigos aos que se dedicavam aos cultos de matrizes africanas.

Para tanto, parte-se de um caso concreto, em que o líder de uma denominação neopentecostal fora acusado de crime contra o sentimento religioso, porque em suas falas e em seus escritos teria atingido a fé de seguidores da umbanda e do candomblé. A denúncia descreve outros atos, mas, como observou o juiz do caso, a questão girava em torno da liberdade de expressão de convicções religiosas.

No intuito de apontar os limites dessa liberdade de expressão, e mais especificamente da expressão religiosa, observa que os casos de intolerância nascem a partir de preconceitos que geram discriminações e fomentam discursos de ódio, levando à intolerância, concluindo que a exposição de convicções religiosas equilibra-se na tênue linha que separa a liberdade de expressão da intolerância religiosa.

Defende-se que o equilíbrio dessa expressão religiosa demanda a aproximação ecumênica dos diversos grupos e segmentos religiosos, não para renunciar ou acomodar as ideologias religiosas específicas de cada qual, mas para que cada participante compreenda os modos como o exercício de uma fé possa ser recebido pela outra como expressão de uma convicção sincera, não como um ataque religioso, formando um ambiente de mútua tolerância religiosa. E no controle pela busca desse equilíbrio, argumenta-se que duplo seja o papel do direito penal. Primeiramente, por um viés negativo, quando se refira à análise

das ideologias religiosas de cada grupo, afirmando-se que em um Estado laico não deve haver defesa ou crítica do poder público em relação a qualquer crença, senão quando faça apologia a crimes ou desafie a ordem posta. Por outro lado, insere-se nas atribuições do Estado agir para coibir ataques de toda ordem levados a cabo por quem quer que seja (religioso ou não) para defesa das liberdades constitucionais, inclusive da liberdade de crença e de culto religiosos.

Em conclusão, observa que o ambiente de liberdade religiosa vivenciado nos dias atuais ainda guarda resquícios de épocas passadas, principalmente em relação aos adeptos das religiões de matrizes africanas, mas que atribuir os ataques aos fiéis e cultos dessas religiões, de modo genérico e vago, aos neopentecostais não resolverá a questão, podendo ainda fomentar novos discursos de ódio contra os neopentecostais, acirrando os ânimos e aumentando os casos de intolerância religiosa no País.

2. O caso Edir Macedo

Em abril de 1993, o líder da Igreja Universal do Reino de Deus, Edir Macedo, foi denunciado pelo Ministério Público de São Paulo por haver, supostamente, praticado crime contra o sentimento religioso em concurso material com incitação ao crime, porque estaria encorajando e orientando os fiéis de sua denominação a invadirem os locais de culto afro com o intuito de combater a adoração ao demônio. A ação dos neopentecostais teria consistido em destruição das imagens e agressão física dos fiéis, e seria parte de uma guerra santa contra os poderes das trevas. Para sustentar sua argumentação, a acusação arrolou testemunhas que asseveraram, entre outras coisas, que pastores da Igreja Universal invadiram determinada celebração religiosa e perturbaram o culto, chamando os celebrantes de homossexuais, prostitutas e delinquentes. Além disso, juntou cópia da revista *Plenitude* e do livro *Orixás, caboclos e guias:* deuses ou demônios?, publicações essas de autoria do denunciado, onde ele teria afirmado que os adeptos dos cultos afros são adoradores do Diabo e ficam possessos por espíritos demoníacos, o que seria muito prejudicial, física e espiritualmente, a tais pessoas.

Recebida a peça acusatória, o acusado foi citado e em sua defesa desqualificou as provas trazidas pela acusação. Sustentou sua liberdade de expressão no que tange à livre manifestação de suas convicções religiosas e, à semelhança do que fizera a acusação, também trouxe testemunhas, que rechaçaram os ditos atos criminosos apontados na peça vestibular e aduziram que o réu, em suas pregações, não busca atacar os integrantes das religiões afros, mas tão somente

orientar os fiéis da Igreja Universal naquilo que entende ser sua obrigação enquanto líder espiritual. E nessa orientação, argumentou o réu, que nada haveria de novo nem de criminoso no que se refere ao seu ponto de vista acerca das religiões que se voltam ao espiritismo; antes, decorreria de sua certeza teológica oriunda da interpretação que faz da Bíblia Sagrada, no que é acompanhado por diversos outros religiosos de orientação cristã, católica e protestante, ainda que de correntes teológicas diversas, a respeito dos quais não houve questionamentos judiciais que lhes imputasse crime.

Por fim, ao analisar os fatos que lhe foram trazidos, o julgador entendeu que não havia lastro probatório suficiente para a condenação e absolveu o réu de todas as acusações que lhe foram imputadas. Acatando os argumentos da defesa, manifestou-se Sua Excelência no sentido de que o quanto exposto pelo réu em suas pregações guarda sintonia com outras expressões de pensamentos religiosos de diversos líderes e teólogos cristãos, que jamais sofreram qualquer censura do direito, porquanto resguardadas pelo direito fundamental de sua liberdade religiosa, evidenciou que a discussão acerca de possíveis delitos capitulados no Código Penal seria secundária em relação à verdadeira temática que ali se discutia e que dizia respeito à plena existência da liberdade religiosa, concluindo que a imposição de limites a essa liberdade deveria ser minimizada o quanto possível, de modo que a igualdade jurídica formal fosse preservada amplamente.[1]

Não obstante a absolvição do acusado é possível que o argumento de que "outros líderes e teólogos não foram processados anteriormente ao se utilizarem do mesmo discurso" possa não servir de fundamentação para que outras manifestações de mesmo teor sejam propaladas sem que se indague acerca de seus limites constitucionais e legais. Talvez o que se deva analisar seja se a manifestação do pensamento foi exercida segundo os parâmetros da liberdade de expressão ou se traz consigo algum discurso de ódio fundado na intolerância religiosa. Trata-se, é bem verdade, de terreno arenoso, encharcado por paixões antigas que tem rivalizado tanto adeptos de religiões diversas, como dissidentes de um mesmo berço de crenças. Garantir a livre expressão do pensamento religioso, sem que se permita a incursão nos discursos de ódio, de modo a assegurar a tolerância religiosa em uma sociedade plural, é o desafio com que se depara toda sociedade democraticamente organizada e embasada nos postulados do direito que velam pela dignidade da pessoa humana.

1. Vilipêndio a culto religioso e liberdade de culto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 6. abr.-jun./1994, p. 227.

3. Alegada intolerância de neopentecostais às religiões afro-brasileiras

O caso concreto acima relatado é um retrato do panorama de intolerância religiosa que reproduz, desde sempre, diversos conflitos entre cristãos (católicos e protestantes) e adeptos das religiões de matrizes africanas. O pré-relatório sobre intolerância religiosa no Brasil, elaborado pela Comissão de Combate à Intolerância Religiosa (CCIR), em parceria com outros organismos, e divulgado em 2015, aponta que, em nível nacional, a Secretaria de Direitos Humanos registrou, de 2011 a junho de 2015, 462 denúncias de intolerância religiosa. Mais da metade dessas denúncias está concentrada em São Paulo e no Rio de Janeiro (268 denúncias). Já no Estado do Rio de Janeiro, a atribuição dos cuidados com vítimas de intolerância religiosa cabe ao CEPLIR[2], que informa que mais de 70% das denúncias referem-se a ataques contra as religiões afro-brasileiras. Esses estudos estatísticos não revelam de onde partem as agressões.

Entretanto, em outro estudo, realizado pelas professoras Denise Pini Rosalem da Fonseca e Sonia Maria da Giacomini, ambas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, afirmam as autoras que em 2006 a yalorixá mãe beata de Iyemonjá apresentara a elas uma proposta para mapeamento dos terreiros no Rio de Janeiro e que, já naquela época, algumas igrejas neopentecostais estariam promovendo perseguições às "casas de religiões de matrizes africanas e seus adeptos, com matizes de perseguição sociopolítica".[3]

Na mesma linha de imputar aos protestantes pentecostais a responsabilidade pelo aumento da intolerância religiosa em relação aos cultos afros, segue o professor Silas Guerriero, do Departamento de Ciência da Religião, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), quando afirma que os casos de intolerância religiosa no Brasil seriam fatos novos e decorrentes do fundamentalismo dos neopentecostais que, por se jugarem superiores aos demais religiosos, estariam exercendo atos de violência contra adeptos de outras crenças.[4]

Ainda afirmando que os protestantes são os principais responsáveis pelos ataques aos seguidores das religiões de matrizes afro-brasileiras, a matéria jor-

2. Centro de Promoção da Liberdade Religiosa e Direitos Humanos, criado pela Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro, em 2013.
3. FONSECA, Denise Pini Rosalem da; GIACO-MINI, Sonia Maria. *A presença do axé* — Mapeando terreiros no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Pallas Editora, 2014.
4. Disponível em: [www.ihu.unisinos.br/noticias/534174-levantamentos-mostram-perseguicao-contra-religioes-de-matriz-africana-no-brasil]. Acesso em: 12.11.2015.

nalística de Dandara Tinoco para *O Globo* noticia que os adeptos do candomblé e da umbanda seriam as maiores vítimas da intolerância religiosa praticada por evangélicos, usando como argumento para sustentar essa afirmação o fato de que, das 53 denúncias de intolerância religiosa recebidas pelo Disque 100, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência, quase metade teriam sido atribuídas a violências praticadas por evangélicos.[5]

O professor de antropologia da Universidade de São Paulo, Vagner Gonçalves da Silva, não discorda do fato de que os neopentecostais tenham escolhido os adeptos do espiritismo, umbanda e candomblé como alvos de uma guerra santa, quando fala da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD). No texto, o mencionado antropólogo afirma que o esforço da IURD no combate às religiões de matriz africana tem por objetivo a apropriação da mística afro para usá-la em seus próprios cultos, visando com isso conquistar novos fiéis, inclusive antigos adeptos daquelas religiões.[6] Ou seja, a tática usada pelos novos pentecostais consistiria em exterminar as manifestações afros para assumi-las como suas, em um verdadeiro sincretismo de experiências místicas. Mas por muito que se discorde dos rituais litúrgicos da IURD, nem pentecostais nem umbandistas[7] nem candomblecistas[8] concordariam com essa simbiose, pois distinto é o fundamento teológico entre o neopentecostalismo e as religiões afros. Aliás, os próprios protestantes reformados aceitam os neopentecostais como integrantes da cristandade evangélica, como já se tem manifestado Alderi Souza de Matos, em artigo publicado na página virtual da Universidade Mackenzie,[9] fazendo algumas ressalvas a algumas práticas adotadas por esse ramo do pentecostalismo.

---

5. Disponível em: [www.ihu.unisinos.br/noticias/534174-levantamentos-mostram-perseguicao-contra-religioes-de-matriz-africana-no-brasil]. Acesso em: 12.11.2015.
6. SILVA, Vagner Gonçalves da. Concepções religiosas afro-brasileiras e neopentecostais: uma análise simbólica. *Revista USP*, São Paulo, n. 67, set./nov., 2005, p. 150-175.
7. Disponível em: [http://umbandista.com.br/mistica-de-umbanda/]. Acesso em: 12.11.2015.
8. Disponível em: [www.abhr.org.br/plura/ojs/index.php/plura/article/viewFile/350/pdf_31]. Acesso em: 12.11.2015.
9. "Por uma questão de justiça, é preciso reconhecer que há muitos pastores, crentes e igrejas neopentecostais que são íntegros, bem-intencionados e fiéis ao Senhor. Esses irmãos têm sido instrumentos para a conversão e transformação de vidas de milhares de brasileiros, muitos deles anteriormente escravizados pelos vícios, vivendo em miséria e violência. Um número incontável de pessoas tem encontrado nas igrejas pentecostais e neopentecostais um ambiente de calor humano, dignidade e valorização pessoal que jamais haviam experimentado até então. As igrejas neopentecostais têm

Outra acusação de perseguição contra os religiosos de matrizes africanas, essa mais recente, diz respeito aos chamados "traficantes evangélicos", que estariam atuando nas comunidades do Rio de Janeiro. Divulga-se que alguns traficantes tornaram-se evangélicos e, nessa condição, perseguem outras religiões, principalmente, as de matrizes afros.[10] A legislação brasileira permite com muita facilidade abertura de uma igreja evangélica, daí a proliferação de tantas denominações, pois não há um órgão central que fiscalize e controle a abertura de novas igrejas. Assim sendo, qualquer indivíduo, reunindo os requisitos legais, pode abrir uma igreja, o que pode ser bom, mas também pode se traduzir em um grande malefício, tanto para a comunidade evangélica como para a própria sociedade[11]. Ainda assim, a ideia de um traficante evangélico é uma contradição em termos. Ademais, pode parecer precipitado o fato de se considerar alguém vinculado a uma denominação evangélica pelo simples fato de ele se declarar evangélico. No caso noticiado acerca dos traficantes evangélicos, a própria comunidade evangélica tem vindo a público para rejeitar essa acusação[12] que, pela forma vaga e generalizada como está sendo apresentada à sociedade, pode incentivar discursos de ódio, maximizando a questão da intolerância religiosa.[13] Uma dessas notícias acerca de perseguições aos praticantes da umbanda e do candomblé, por parte de evangélicos, foi veiculada pelo

trabalhado entre grupos não alcançados pelas igrejas tradicionais: de um lado, favelados, viciados, aidéticos, presidiários e outras pessoas marginalizadas; de outro lado, atletas, artistas e outros grupos mais elevados na escala social. Todavia, por mais que admiremos estes elementos positivos e sejamos gratos a Deus por eles, não podemos fechar os olhos para os aspectos preocupantes apontados anteriormente".

"Portanto, o que se espera de nós, crentes presbiterianos, herdeiros da tradição reformada, diante do desafio do neopentecostalismo, é uma posição de equilíbrio e coerência, procurando aprender com o que as novas igrejas têm de positivo e saudável, mas rejeitando firmemente, com base nas Escrituras e na fé cristã histórica, os desvios, os exageros, as distorções humanas". Disponível em: [www.mackenzie.br/7090.html]. Acesso em: 12.11.2015.

10. Disponível em: [http://extra.globo.com/noticias/rio/bandidos-proibem-manifestacoes-de-umbanda-candomble-expulsam-donos-de-terreiros-dos-morros-479344.html]. Acesso em: 12.11.2015.
11. Disponível em: [http://dicas.gospelmais.com.br/como-registrar-e-legalizar-uma-igreja-evangelica-no-brasil.html]. Acesso em: 12.11.2015.
12. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/09/12/magno-malta-critica-ministerio-publico-por-denuncia-que-associa-traficantes-a-igrejas-evangelicas]. Acesso em: 12.11.2015.
13. Disponível em: [www.umaalmasedenta.com/2013/09/os-traficantes-da-globo-e-os-super.html]. Acesso em: 12.11.2015.

jornal *O Globo*[14], que afirmou que tais perseguidores, além de evangélicos, são também traficantes. O caso foi discutido em conjunto pela Comissão de Combate à Intolerância Religiosa (CCIR) e pelo Ministério Público do Rio de Janeiro. Segundo o procurador de justiça carioca, Márcio Mothé, seria proposta a instauração de um inquérito civil, com proposta de termo de ajustamento de conduta (TAC) entre adeptos das religiões perseguidas e da liderança evangélica perseguidora.

Com essas e outras manifestações da mídia, há quem tenha buscado comprovar que o quadro de perseguições aos praticantes dos cultos de matrizes africanas é fruto de discursos de ódio de alguns líderes neopentecostais, que têm assim buscado acirrar os ânimos de seus fiéis para promoção de uma "guerra santa", gerando um cenário de intolerância religiosa no País. Contudo, ao contrário do que tais notícias querem dar a entender, a questão de intolerância religiosa no País é algo histórico e fatos mal investigados e esclarecidos podem redundar em preconceitos e discriminações. A intolerância hoje verificada em relação às religiões afros pode, amanhã, voltar-se contra os evangélicos, como já vivenciada por tantos anos no Brasil[15]. Aliás, conforme incursão

14. Disponível em: [http://oglobo.globo.com/rio/crime-preconceito-maes-filhos-de-santo-sao-expulsos-de-favelas-por-traficantes-evangelicos-9868841]. Acesso em: 12.11.2015.

15. Conforme relata Santos, em artigo publicado: "Mesmo com a conquista da liberdade religiosa, a história do Brasil nos mostra que os líderes de denominações não Católicas e seus fiéis continuaram sofrendo ameaças de todos os tipos, pois as autoridades faziam vistas grossas aos problemas de perseguições religiosas enfrentadas pelos fiéis de diversas religiões, em especial aos cristãos protestantes, que continuavam sendo considerados pelos padres como hereges ou apostatas. Boanerges Ribeiro (1991, p. 25), escritor e historiador, enfatiza que no período da República Velha as religiões não católicas, principalmente as evangélicas, passaram a fazer parte do cenário nacional, pois segundo ele: 'Alastrou-se a Reforma por todo o Brasil e por todas as classes sociais'. No Brasil em 1557, quarenta anos após a Reforma Protestante, desembarcou no Rio de Janeiro um grupo de huguenotes sendo eles os primeiros protestantes na história do país. Foram capturados pelos jesuítas, e mortos pelas mãos dos mesmos. Depois desse episódio, muitos outros protestantes desembarcaram em terras brasileiras, vindos da França, Suécia, Alemanha e outros países, sendo sempre perseguidos pelos líderes católicos, em todos os períodos históricos de nossa nação. Devido à força com que havia se espalhado os ideais preconizados por Martinho Lutero (responsável pela Reforma Protestante), as perseguições católicas foram constantes em todo o mundo e principalmente na Europa, onde a hegemonia católica era extremamente forte, e estas perseguições romperam décadas e séculos, e teve um efeito avassalador no período do Brasil – Colonial e Imperial, desembocando até mesmo no período da primeira República Federativa do Brasil. Com a garantia do Direito Constitucional da liberdade religiosa à partir de 1891, esperavam os cristãos protestantes

histórica que faz, Vagner Gonçalves demonstra que a intolerância em face das religiões de matrizes africanas encontra sua gênese ainda nos tempos do Brasil-Império, ou seja, muito antes de aparecerem os neopentecostais. Segundo o professor da Universidade de São Paulo, tais perseguições teriam como fim silenciar as classes já marginalizadas, como os negros, os índios e os mestiços. Em um primeiro momento, ainda no tempo da escravidão, teria havido uma tentativa de conversão forçada dos negros africanos ao catolicismo; posteriormente, perseguição estatal aos praticantes da umbanda e do candomblé.[16]

Confirmando que a perseguição religiosa aos praticantes da umbanda e do candomblé remonta a tempos longínquos, a Cartilha para Legalização de Casas Religiosas de Matriz Africana, elaborada pelo Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, em 2012, ressalta que:

> A legislação brasileira é responsável historicamente pela perseguição e criminalização das práticas religiosas de matriz africana que não tiveram outra saída senão manter-se na clandestinidade. Nos principais períodos de nossa história o alvo foi sempre o mesmo. Os castigos e açoites do período colonial se perpetuaram ao longo dos tempos. No Império, o catolicismo era a religião oficial do Estado e considerava-se crime o culto de religião diferente da oficial, a zombaria contra a religião oficial e a manifestação de qualquer ideia contrária à existência de Deus. A condenação por "feitiçaria" tinha como sanção a pena de morte. A República tratou de considerar como crime o espiritismo e o curandeirismo. Algumas leis estaduais chegaram ao extremo de obrigar os templos de religiões de matriz africana a se cadastrarem na Delegacia de Polícia mais próxima e exigir que os seus sacerdotes e sacerdotisas se submetessem a exames de sanidade mental. Ainda hoje, charlatanismo e curandeirismo estão tipificados no Código Penal (...). Para garantir a afirmação dos valores do homem branco europeu, além de obrigar os escravos a

que já habitavam no Brasil, e outros que para este país queriam vir, que teriam ampla liberdade de crença e de culto, podendo professar livremente e sem ameaças a fé que defendiam, porém a história nos revela que as autoridades brasileiras, aliadas à Igreja Católica, ignoraram a garantia constitucional da liberdade religiosa, e continuaram perseguindo, ameaçando e até matando os adeptos de religiões não católicas, como vimos alhures. Contudo, o direito de se efetivar a liberdade religiosa, de forma ampla, só foi possível com a entrada em vigor da atual Constituição Federal de 1988". Disponível em: [http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1133/1085]. Acesso em: 13.11.2015.

16. Disponível em: [www.ihu.unisinos.br/noticias/534175-ataques-ocorrem-por-essas-serem-religioes-vindas-de-segmentos-marginalizados-diz-antropologo]. Acesso em: 13.11.2015.

> se converterem, promoveram a satanização dos seus rituais e prenderam os mais "insistentes". Tudo que dizia respeito ao negro ou era perversamente depreciado ou se transformava em conduta criminosa. Muito foi feito para impedir a sobrevivência desta forma de vida cultural. Mas os tempos mudaram.[17]

Ao que se percebe, portanto, essas polêmicas religiosas não teriam começado com o surgimento do movimento pentecostal no Brasil (a partir de 1911), nem com o advento do neopentecostalismo (finais de 1970 em diante), mas existiriam desde a chegada dos portugueses ao nosso País, posto que também em Portugal, assim como na Europa, o Tribunal da Santa Inquisição já perseguia e condenava hereges e bruxas, a pretexto de fazê-lo em nome de Deus!

Não se pode negar o fato de haver no Brasil, ainda hoje, intolerância religiosa. Assim como também não se pode desconsiderar que as minorias étnico-raciais (e aqui se aborda minoria no sentido de sua expressão econômica, política e social, pois, como se sabe, os negros já eram maioria quantitativa nos tempos do Império) sempre foram relegadas a um segundo plano, não somente em suas opções religiosas, mas marginalizadas (postas à margem da sociedade) em diversos outros contextos sociais: saúde, educação, segurança, emprego, distribuição de rendas. Não é de se causar espanto, portanto, o fato de que as religiões de matrizes africanas tenham sofrido histórica perseguição, uma vez que no Brasil elas surgiram entre negros escravizados e receberam de bom grado os homossexuais (porque não veem como pecado o homossexualismo, ao contrário do Cristianismo) e oportunizaram o ministério sacerdotal tanto a homens como a mulheres. Grupos de minorias, nem sempre em quantidade numérica, mas principalmente considerados de um ponto de vista econômico, político e social: negros, homossexuais e mulheres![18]

Teme-se, desse modo, que não se consiga combater a intolerância às religiões afros atribuindo-se responsabilidades somente aos protestantes, porquanto se cuida de um processo de preconceito e discriminação que há séculos é praticado, pelo Estado e pela sociedade brasileira, contra negros, mulheres e homossexuais e a tudo que lhes diga respeito, inclusive a religião. Com isto não se quer aqui negar as estatísticas acima mencionadas nem diminuir a gravidade

17. Disponível em: [www.jur.puc-rio.br/depto/wp-content/uploads/2013/08/Cartilha-para-Legaliza%C3%A7%C3%A3o-de-Casas-Religiosas-de-Matriz-Africana.pdf]. Acesso em: 13.11.2015, p. 13.

18. Disponível em: [www.ihu.unisinos.br/noticias/534175-ataques-ocorrem-por-essas-serem-religioes-vindas-de-segmentos-marginalizados-diz-antropologo]. Acesso em 13.11.2015.

das afrontas sofridas por palavras e atos de alguns que se dizem protestantes, que devem responder por seus atos com todo rigor. Ao contrário, objetiva-se aqui despertar o debate para que se evite um discurso de ódio religioso e, ao mesmo tempo, expor a necessidade de se dar maior visibilidade e reconhecimento às religiões de matrizes africanas, para que possam expressar, com os mesmo direitos e responsabilidades, toda sua religiosidade, em um mesmo nível de igualdade com as demais religiões.

4. Histórico da liberdade religiosa entre Portugal e Brasil

O pluralismo religioso que permeia a sociedade brasileira impõe, como princípio básico de convivência harmônica, que se observe o princípio da tolerância, para que a liberdade de expressão religiosa de um não culmine em crime contra o sentimento religioso de outrem. Essa pluralidade foi se formando em terras brasileiras paulatinamente, nem sempre de modo pacífico. Essa diversidade religiosa que hoje presenciamos é fruto de uma luta contra a hegemonia católica herdada de Portugal que, por volta do ano de 1500, dava grande destaque ao direito canônico e reconhecimento ao Tribunal da Santa Inquisição, conforme se observa nas Ordenações do Reino.

Com o intuito de consolidar o poder nas mãos do rei, Portugal deu azo à elaboração das Ordenações do Reino, iniciada pelas Ordenações Manuelinas, seguida das Afonsinas e Filipinas. Com relação a estas últimas, deve-se lembrar de que foram levadas a cabo no período em que o Reino de Portugal estava unido ao da Espanha. Tratou-se não de uma inovação legislativa, mas de uma compilação iniciada pelo rei Filipe I (de Portugal) e posteriormente concluída por Felipe II (da Espanha), como uma tentativa de conquistar a simpatia do povo português e, ao mesmo tempo, contrabalançar a força do direito canônico, operado pelas mãos da Igreja católica[19]. Segundo disposição dos livros que compunham as Ordenações Filipinas,[20] ao Livro V reservaram-se as disposições atinentes ao direito penal e processo penal.

19. Disponível em: [http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/292/2/tese%20doutorado%20Prof%20Didone.pdf]. Acesso em: 14.11.2015.

20. André Rubens Dideno cita em sua tese de doutorado que, segundo Walter Vieira do Nascimento, as Ordenações Filipinas estavam organizadas com os seguintes Livros: Livro I: Direito Administrativo e Organização Judiciária; Livro II: Direito Eclesiástico, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; Livro III: Processo Civil; Livro IV: Direito Civil e Direito Comercial; Livro V: Direito Penal e Processo Penal. Disponível em: [http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/292/2/tese%20doutorado%20Prof%20Didone.pdf]. Acesso em: 14.11.2015.

Esse Livro V inicia-se pelo tratamento penal dado aos hereges; apóstatas; blasfemadores de Deus, da Igreja e dos santos católicos; feiticeiros. No que se refere ao problema a ser enfrentado em termos de intolerância em relação às religiões de matrizes africanas, o cerne da questão parece estar no entendimento acerca do que venha a ser feiticeiro e nos seus rituais religiosos.

> TITULO III
>
> Dos Feiticeiros
>
> Stabelecemos, que toda pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, que de Lugar Sagrado ou não Sagrado tomar pedra de Ara, ou corporaes, ou parte de cada huma destas cousas, ou qualquer outra cousa Sagrada para fazer com ella alguma feitiçaria, morra morte natural.
>
> E isso mesmo, qualquer pessoa, que em circulo, ou fóra delle, ou em encruzilhada invocar spiritos diabólicos, ou der a alguma pessoa a comer ou a beber qualquer cousa para querer bem, ou o mal a outrem, ou outrem a elle, morra por isso morte natural.
>
> Porém em estes dous casos, primeiro que se faça execução, no-lo farão saber, para vermos a qualidade da pessoa, e modo, em que se taes cousas fizeram, e sobre isso mandarmos o que se deve fazer.
>
> Outrosi não seja alguma pessoa ousada que para adivinhar lance sortes, nem varas para achar thesouro, nem veja em agoa, crystal, spelho, spada, ou qualquer outra cousa luzente, nem em spadoa de carneiro, nem faça para adivinhar figuras, ou imagens algumas de metal, nem de qualquer outra cousa, nem trabalhe de adivinhar em cabeça de homem morto, ou de qualquer alimária, nem traga consigo dente, nem baraço de enforcado, nem membro de homem morto, nem faça com cada huma das ditas cousas, nem com outra (postoque aqui não seja nomeada) specie alguma de feitiçaria, ou para adivinhar, ou para fazer dano a alguma pessoa, ou fazenda, nem faça cousa, por que huma pessoa queira bem, ou mal a outra, nem para legar homem, nem mulher para não poderem haver ajuntamento carnal.
>
> E qualquer, que as ditas cousas, ou cada huma dellas fizer, seja publicamente açoutado com baraço e pregão pela Villa ou lugar, onde tal crime acontecer, e mais seja degredado para sempre para o Brazil, e pagará trez mil reis para quem o acusar.[21]

Como se nota, a questão acerca da feitiçaria e suas práticas antecede a chegada dos portugueses ao Brasil, pois já nas Ordenações Afonsinas se verifica o emprego do vocábulo *feiticeiro* com conotação negativa, conforme notas ex-

21. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733]. Acesso em: 14.11.2015.

plicativas do vocábulo *feiticeiro* e de seus cultos, trazidas no Livro 4, capítulo 88, parágrafo 7º, p. 931, das Ordenações Filipinas,[22] de onde se extrai que feitiço seria um vocábulo proveniente de *Mokisso,* ídolo adorado na Guiné, cuja pronúncia fora corrompida pelos portugueses para *fetisso* e depois *feitiço*. A ritualística cerimoniosa a *Mokisso* traria à lembrança os sortilégios levados a cabo pelos mágicos e encantadores que atuavam em Portugal, motivo pelo qual passaram a ser denominados de feiticeiros, já na época das Ordenações Afonsinas. Associada à palavra *mokisso* estaria também outra de mesma raiz, *moquisia,* que teria, segundo a credulidade dos adoradores de *Mokisso*, uma virtude oculta capaz de influenciar o mundo espiritual, trazendo ao mundo físico o bem ou o mal, além de poder desvendar o futuro. Essa capacidade de prever o futuro seria desempenhada pela sacerdotisa de Mokisso, uma mulher, a exemplo do que ocorria com a sacerdotisa de Apolo, chamada de pitonisa ou pítia.[23]

Além desta divindade, chamada *Mokisso,* havia outra denominada *Checoke,* e atualmente mais conhecida por Vodu ou Iteque, cuja residência ou local sagrado seria quase sempre à beira das estradas. Sua imagem além de pequena era negra, e somente de noite os seus devotos podiam contemplá-la. Ainda nos tempos das Ordenações Filipinas, rara era a possibilidade de se encontrar quem se entregasse à feitiçaria, por conta das atividades repressivas do Tribunal da Santa Inquisição. Entretanto, durante o período da escravidão negra, a adoração praticada na África conhecida como vodu foi trazida para as Américas, onde incorporou elementos do catolicismo e da cultura popular local, tornando-se religião oficial no Haiti. Em suas celebrações, em que cultuam os antepassados, os ritmos são marcados pela música, danças, animais sacrificados e oferendas. Durante os rituais, os participantes entram em transe, incorporam os *loas* (espíritos dos ancestrais), que podem se apresentar como espíritos bons ou maus e comem os animais sacrificados. Na África, durante os cultos prestados a essas divindades (*mokisso* e *vodu)* serviam-se os praticantes de objetos animados, como serpentes, bodes, rãs, e objetos inanimados, tais como árvores e pedras. Às drogas preparadas por artes mágicas para fazer criar amor ou ódio, deu-se em Portugal o nome de feitiço, e de feiticeiro os homens e mulheres que se dedicam à arte de fazer feitiços[24].

22. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733]. Acesso em: 14.11.2015.
23. Nota do autor: Pítia ou pitonisa era a sacerdotisa do Oráculo de Delfos, que sentada em sua trípode – cadeira com três pernas – incorporava o deus Apolo, dando gritos, uivos e caindo em transes.
24. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733]. Acesso em: 14.11.2015.

Até 2003 o vodu foi reprimido nos Estados Unidos, porque era considerado uma forma de se praticar a magia negra. No Brasil, entretanto, a adoração vodu foi aceita devido a sua associação com o catolicismo, e ganhou nomes e contornos diferenciados, a depender da região do País onde se instalou, como na Bahia, onde foi chamada de candomblé jeje e no Maranhão e Amazonas, onde foi batizada de tambor de mina[25], mas "(...) o imaginário religioso nutrido pela perseguição praticada pelo Tribunal do Santo Ofício foi fundamental na construção negativa do feiticeiro enquanto *homo magus* (...)".[26]

Os preceitos normativos das Ordenações Filipinas tiveram vigência no Brasil até o advento do primeiro Código Criminal, em 1830, mas o catolicismo continuou sendo a religião oficial do Império (artigo 5º, Constituição de 1824), sendo todas as demais toleradas, desde que não promovessem cultos públicos.[27] Entretanto, o Tribunal da Santa Inquisição não combateu aqui os casos de feitiçaria com o mesmo rigor que havia feito na Europa. Mas essa atenuação tinha um viés muito mais econômico do que religioso e deve-se ao fato de que perseguir os praticantes das religiosidades africanas implicaria em atingir em cheio o sistema escravocrata. O grande número de escravos africanos condenados traria um enorme prejuízo aos seus senhores, o que contrariava os interesses da Colônia, de modo que a escravidão acabou por proteger os fiéis e os cultos de matrizes africanas.[28]

Não obstante, a Inquisição não era o único instrumento repressor das práticas religiosas africanas. Ainda que os termos "feiticeiro" e "feitiçaria" não estivessem presentes no Código Criminal do Império, O Estado brasileiro continuava a reprimir as manifestações das crenças afros, como informa Rafael Pereira de Sousa, em artigo do XXV Simpósio Nacional de História, realizado em Fortaleza, no ano de 2009, em texto assim resumido:

> Através das reportagens dos jornais da época, demonstra-se que a crença no poder do feitiço e no poder de produzir o mal dos feiticeiros existia no

25. Disponível em: [www.brasilescola.com/religiao/vodu.htm]. Acesso em: 14.11.2015.

26. Disponível em: [www.dhi.uem.br/gtreligiao/pub.html]. Acesso em: 14.11.2015.

27. "Art. 276. Celebrar em casa, ou edificio, que tenha alguma fórma exterior de Templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra Religião, que não seja a do Estado. Penas – de serem dispersos pelo Juiz de Paz os que estiverem reunidos para o culto; da demolição da fórma exterior; e de multa de dous a doze mil réis, que pagará cada um". Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 14.11.2015.

28. Disponível em: [https://f5dahistoria.wordpress.com/tag/brasil-colonia/]. Acesso em: 14.11.2015.

> Império do Brasil e que era compartilhada por pessoas de todas as classes na sociedade imperial escravista brasileira, apesar de não haver lei alguma que punisse os acusados de feitiçaria no Código Criminal do Império, promulgado em 1830, ao contrário das acusações de feitiçaria feita pela Inquisição portuguesa no período colonial e do Código Penal de 1890 no período republicano.[29]

Isso mostra que a aversão aos cultos de matrizes africanas não era uma ação isolada da Igreja ou do Estado; antes, estava impregnada na cultura da sociedade brasileira, que via nas manifestações das crenças negras traços de selvageria, incompatíveis com um mundo civilizado. Portanto, ainda que no Brasil-Império não houvesse lei reprimindo os cultos afros, a própria sociedade denunciava e a polícia perseguia e reprimia as manifestações afros, que eram vistas como empecilho ao projeto civilizador, que buscava moldar a sociedade brasileira à imagem da cultura europeia. Tratava-se, portanto, de um trabalho conjunto, do Estado, da Igreja e da sociedade, esta representada pela elite brasileira, conforme pontua Thiago Lima dos Santos:

> A Igreja Católica também participava do projeto civilizador do qual partilhava os interesses de controle social, ou seja, na definição dos espaços sociais e das práticas que eram permitidas e das que não eram permitidas, em definir as regras específicas para as respectivas transgressões. A Igreja, a Polícia e a Câmara agiam de formas distintas, mas com a finalidade semelhante de introduzir nesses indivíduos noções de adequação a ordem vigente. É claro que à Igreja interessava a conversão ao catolicismo e outras crenças eram vistos como obstáculos aos planos de ampliação de seu poder. Para tanto, vários argumentos religiosos foram utilizados para caracterizar as religiões de matriz africana, como a desqualificação social atribuindo aos rituais um caráter demoníaco, designar os praticantes como seres inferiores e principalmente acionando o argumento em prol da civilização em detrimento da barbárie, que poderia se instalar nos territórios brasileiros se medidas não fossem tomadas.[30]

O projeto civilizador foi pensado pelo Estado em parceria com a Igreja, e tinha por missão a eleição e manipulação de mecanismos para controlar o comportamento social segundo padrões de conduta moral e religiosa. O paradigma de pessoa aceitável era o cidadão de pele branca e que se declarasse católico.

29. Disponível em: [http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S25.0564.pdf]. Acesso em: 05.11.2015.

30. Disponível em: [www.dhi.uem.br/gtreligiao/anais4/st16/7.pdf]. Acesso em: 05.11.2015.

A este se abriam as portas para os cargos públicos e eclesiásticos, inclusive para a política. Já o povo deicida era perseguido e responsabilizado por toda sorte de males que atingiam a sociedade, pois se cria que, pelo fato de haverem matado Jesus, o povo judeu trazia maldição às nações que os acolhiam. Eram, portanto, tolerados, mas não aceitos como cidadãos com os mesmos direitos dos nacionais e deveriam ser mantidos sob controle. De igual modo, os ciganos e negros sofreram severa perseguição e foram por diversas vezes acusados de fazerem pactos com o demônio e de dedicarem-se a práticas mágicas, curandeirismos e muitos trabalhos de bruxarias para produzirem o bem e o mal. Com a ruptura entre Estado e Igreja, ocorrido com a Constituição de 1891 (com a Emenda 3, de 1926), a influência da Igreja nas atividades políticas e econômicas foram reduzidas em face da adoção da separação entre o poder temporal e o poder espiritual.

Entretanto, o projeto civilizador não foi esquecido. O projeto fora idealizado pelos europeus, que julgavam haverem sido escolhidos por Deus para subjugar as nações inferiores, e convertê-las ao catolicismo. Com a independência, essa ideologia foi reproduzida em terras brasileiras, onde negros e mestiços eram maioria e deveriam submeter-se à orientação da elite branca que, com o apoio do Estado e da Igreja, reprimiam o culto e a cultura não católicos.[31] A laicidade estatal pôs um freio à influência direta da Igreja no combate à cultura afro, mas não no projeto civilizador. Em substituição à interferência da Igreja, surgiram as leis sanitárias, que buscaram proteger a saúde pública contra as práticas médicas não científicas e contra toda forma de magia e encantamentos, do que serve de exemplo a criminalização que o Código Penal de 1890 estatuiu em seus artigos 156 a 158:

> Capitulo III
>
> Dos Crimes Contra a Saude Publica
>
> Art. 156. Exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; praticar a homeopathia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos:
>
> Penas de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.
>
> Paragrapho unico. Pelos abusos commettidos no exercicio ilegal da medicina em geral, os seus autores soffrerão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes a que derem causa.

31. Disponível em: [www.academia.edu/461852/O_pensamento_civilizador_e_a_cultura_historiogr%C3%A1fica_brasileira_no_s%C3%A9culo_XIX]. Acesso em: 15.11.2015.

> Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica:
>
> Penas de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.
>
> § 1º Si por influencia, ou em consequencia de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporaria ou permanente, das faculdades psychicas:
>
> Penas de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200$ a 500$000.
>
> § 2º Em igual pena, e mais na de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação, incorrerá o medico que directamente praticar qualquer dos actos acima referidos, ou assumir a responsabilidade delles.
>
> Art. 158. Ministrar, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer fórma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o officio do denominado curandeiro:
>
> Penas de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.
>
> Paragrapho unico. Si o emprego de qualquer substancia resultar á pessoa privação, ou alteração temporaria ou permanente de suas faculdades psychicas ou funcções physiologicas, deformidade, ou inhabilitação do exercicio de orgão ou apparelho organico, ou, em summa, alguma enfermidade:
>
> Penas de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200$ a 500$000.
>
> Si resultar a morte:
>
> Pena de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos.

Ao que se observa, a intolerância com a cultura afro, inclusive com sua religiosidade, não é exclusiva de um único grupo de pessoas; antes, ao que parece, os seguimentos que exercem o poder político, econômico, social e religioso no Brasil, desde a chegada dos portugueses, foram pouco sensíveis às dificuldades que os negros encontraram por aqui. Coisificados durante a escravidão, rejeitados após alforriados, ignorados sempre. A colocação do negro às margens da sociedade denota ter sido a solução encontrada pela elite brasileira para um problema que não conseguiram eliminar.

5. Liberdade de expressão

A percepção que se tem, do até aqui exposto, é que o negro e sua cultura já sofriam preconceitos e eram discriminados pela sociedade europeia, inclusive a portuguesa, ainda antes da colonização do Brasil. Aqui, liderados pela elite católica e branca, o negro foi preservado em face dos interesses da escravidão,

mas suas condições de ser humano e de ser humano livre foram conquistadas com muita luta. Porém, a condição de equivalência entre um ser humano livre branco e outro negro ainda é um desafio. Como tentativa de reduzir as diferenças, atualmente temos as cotas raciais. Mas elas não são uma prova de evolução democrática; ao contrário, provam que, em virtude da incapacidade de iguais condições sociais entre negros e brancos (igualdade material), o Estado precisa intervir para ajudar o mais fraco (igualdade formal). As cotas, a exemplo das vagas de estacionamento, dos assentos especiais, das filas preferenciais, impostos pelo Estado à sociedade em benefício das mulheres grávidas, pessoas idosas, deficientes físicos, somente atestam que as pessoas ainda precisam que o Grande Irmão as obrigue a respeitar o próximo. No campo religioso não se dá de forma diversa. Durante muitos anos prevaleceu a exclusividade de uma religião em solo brasileiro. A laicidade estatal abriu caminhos para a liberdade religiosa, mas a luta pela igualdade religiosa ainda desafia a sociedade de nossos dias.

Ao estudar a Constituição Federal de 1988, percebemos que ela garante a todos o direito à liberdade. Levando-se em consideração que a Constituição cidadã rompe um longo período de ditadura, em que a liberdade era controlada de forma estrita pelo Estado, pagando alguns com a própria vida pelo fato de haverem expressado sua "liberdade de consciência", percebe-se a importância do tema para a consolidação da democracia brasileira e para o desenvolvimento da pessoa nos múltiplos aspectos que envolvem sua personalidade. Diz-se, por isso, que a liberdade é um dos pilares que dão sustentação à dignidade da pessoa humana.

Observa-se que o conceito de liberdade somente encontra sua razão de ser no contexto social, posto que em estado de isolamento o ser humano não encontra limites em sua atuação mental ou no modo de exteriorizar seus pensamentos. E não havendo limites para sua atuação, não pode compreender o que venha a ser liberdade. Ou seja, só há sentido em se falar em liberdade quando a atuação humana encontra obstáculos que impeçam a pessoa de pensar, falar e agir sem que leve em consideração a existência de outro ser humano que, de algum modo, com ele se relacione[32].

É, portanto, no desenvolvimento das formações sociais que o conceito de liberdade ganha importância pela conjugação da necessidade de convivência

32. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Direito à liberdade:* por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 193-199.

pacífica entre os membros que a integram, com o pleno desenvolvimento da garantia da individualidade de cada qual, o que se alcança com o reconhecimento da liberdade pessoal.

Portanto, falar em liberdade implica, ao mesmo tempo, falar em limites à liberdade. Mas é preciso que se perceba que o que ganha conotação com o surgimento da sociedade, ainda que tribal e sem disciplinamento de regras escritas, é o limite à liberdade individual, isto é, o ser humano somente passa a entender que sua atuação social não é totalmente livre quando reconhece a necessidade de convivência pacífica com outro ser humano. Sob esse aspecto, pode-se dizer que a liberdade sempre existiu e é anterior ao nascimento das comunidades. De modo que a liberdade desenvolvida no seio da sociedade ganha novos contornos e difere daquela existente em suposto estado de isolamento em face dos limites que se lhe impõe o reconhecimento de igual direito à pessoa do próximo. Disto se depreende que a liberdade está intrinsecamente ligada ao conceito de igualdade. Os limites que se impõem à liberdade individual devem guardar correlação com os anseios de convivência e desenvolvimento social, pautados no respeito individual e reconhecimento da humanidade de cada um, livre de qualquer opressão, com vistas à harmonia das relações entre os participantes da sociedade. Não se pode esquecer também que a liberdade possui um aspecto individual, oponível ao Estado, e também a outras pessoas, físicas e jurídicas. Por outro lado, é também um direito social, visto sob a ótica da formação política comunitária, revelando-se na oportunidade concedida aos cidadãos de participação na vida política do Estado.[33]

Por esse viés, dada sua relevância no contexto individual e social, a liberdade encontra respaldo em diversos dispositivos constitucionais, a começar pelo preâmbulo, que aponta como uma das preocupações do Estado democrático brasileiro assegurar a liberdade, e como um de seus objetivos fundamentais (CF, arts. 1º e 3º, I) construir uma sociedade livre, justa e solidária, com repúdio a todas as formas de discriminação, velando ainda pelo postulado da igualdade formal e material de todos. Liberdade essa que se manifesta em seus mais diferentes aspectos, tais como a liberdade de escolher e exercer uma profissão; de acesso à informação; de locomoção; de liberdade de expressão; a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. E no que tange à liberdade religiosa, relevante se mostra o princípio da igualdade, de modo a não se impor a superioridade de uma religião em relação às outras, o que não se alcançaria em um Estado confessional, como no Brasil pré-republicano.

33. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27-32.

6. Laicidade estatal

Mas no Brasil dos dias atuais, diz-se que o Estado é laico, porque não possui uma religião oficial. Entretanto, pelo fato de a Constituição Federal de 1988 trazer em seu preâmbulo a invocação à proteção de Deus sobre os constituintes que a elaboraram e garantir em seu texto liberdade religiosa a todos os habitantes do Brasil, há quem afirme que o Estado brasileiro, por incentivar a prática religiosa, não albergou em sua plenitude o princípio da laicidade. É o que afirma Dimitri Dimoulis[34], que sustenta sua argumentação com base nas seguintes citações da Constituição:

– a *invocatio Dei* no Preâmbulo, que reprova, indiretamente, o ateísmo;

– a determinação que os eclesiásticos são os únicos brasileiros de sexo masculino isentos do serviço militar regular (art. 143, § 2º);

– o ensino religioso como única matéria obrigatoriamente incluída no programa de ensino das escolas públicas (art. 210, § 1º);

– a menção à colaboração entre autoridades estatais e organizações religiosas se isso for "de interesse público" (art. 19, I);

– o descanso semanal "preferencialmente aos domingos" (art. 7º, XV), isto é, no dia "sagrado" da religião cristã.

Levando-se em consideração os pontos levantados por Dimitri Dimoulis, percebe-se que o cristianismo parece desfrutar de uma posição privilegiada no Brasil. Isto se afirma porque a única constituição brasileira que não fez menção, direta nem indireta, a Deus em seu preâmbulo foi a de 1891, quando se optou por separar o Estado da religião. Mas esse procedimento não foi observado nas constituições seguintes e, ao analisar-se historicamente a relação do Estado brasileiro com a religião, percebe-se claramente que o Deus mencionado no preâmbulo é o Deus dos cristãos, de modo a inferir-se que a Constituição fez uma opção pelo deísmo cristão. Nenhuma novidade há nessa afirmação, bastando lembrar-se o teor do artigo 5º, da Constituição de 1824:

"Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo."

Esse entendimento parece ser confirmado pela menção aos eclesiásticos (CF, artigo 143, p. 2º), termo técnico da teologia cristã para designar os líderes de uma igreja (*eklesia,* daí, eclesiástico).

34. DIMOULIS, Dimitri (coord.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115.

Mas se o que se pretende é um Estado laico, que respeite a liberdade do indivíduo de manifestar livremente as convicções religiosas de sua consciência, limitada somente pelos princípios de ordem pública, incluído o principio da igualdade de todos na lei e perante a lei, necessário se mostra a abertura ao diálogo inter-religioso como mecanismo de combate a discursos de ódio e à intolerância religiosa.

7. Discursos de ódio e intolerância religiosa

O pensamento, como obra intelectiva do raciocínio, é exclusivo do ser humano, consistindo em um direito de sua personalidade, ilimitado e incensurável. Nessa seara encontra-se a liberdade que cada pessoa possui de formar suas convicções políticas, filosóficas e religiosas. A expressão desse pensamento, contudo, encontra limites sociais em face do direito alheio. Desse modo, a expressão daquela convicção íntima do pensamento, por qualquer meio, não se faz arbitrária e ilimitadamente em afronta à pessoa do próximo.[35] E isto também se aplica à liberdade de expressão religiosa, não se permitindo discursos que promovam o preconceito, o racismo, a discriminação e todos aqueles que tenham por objetivo provocar ou alimentar o ódio entre adeptos das diversas religiões pelo simples motivo do fato religioso[36].

O preconceito pode ser entendido como uma opinião negativa precipitada acerca de um fato ou de uma pessoa, decorrente da falta de compreensão da realidade e que culmina por gerar a intolerância. A opinião assim manifestada pode estar revestida de erronias e muito distante da verdade. Entretanto, uma mentira contada, divulgada e repetida por outras pessoas pode tomar a aparência de verdade, principalmente quando o grupo que a ouve e a divulga está tendencioso a aceitá-la como verídica[37]. Exemplo bem ilustrativo desse caso nos traz Voltaire, relatando a condenação à morte de Jean Calas, ocorrida em Toulouse, na França, em 1762. Naqueles tempos, católicos e protestantes se viam como rivais, embora ambos os grupos se denominassem seguidores

35. SIANO, James Alberto. A liberdade de expressão em respeito à dignidade humana. *In:* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 151-165.

36. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 97 e 103.

37. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 99.

do Príncipe da Paz[38]! Pois bem, os cidadãos católicos dessa cidade ainda se recordavam e comemoravam todos os anos o fato de haverem massacrado, 200 anos atrás, um aglomerado de 4.000 protestantes, considerados heréticos, e pareciam ávidos por um novo "espetáculo". E de fato o conseguiram, ao saberem da morte de um dos filhos de Jean Calas, Marc-Antoine Calas, que aparecera enforcado no térreo da casa onde morava com os pais, de orientação protestante. Rapidamente as pessoas foram se aglomerando ao redor da casa dos Calas e eis que de repente:

> Algum fanático da populaça gritou que Jean Calas havia enforcado seu próprio filho Marc-Antoine. Esse grito, repetido, logo tornou-se unânime; outros acrescentaram que o morto pretendia fazer abjuração no dia seguinte; que sua família e o jovem Lavaisse o haviam estrangulado por ódio contra a religião católica. Um momento depois, ninguém duvidava mais; toda a cidade foi persuadida de que é um imperativo religioso entre os protestantes que um pai e uma mãe devem assassinar seu filho tão logo ele queira converter-se.[39]

A realidade, segundo Voltaire, é que a única verdade no relato acima se resumia na constatação de que Marc-Antoine havia de fato morrido; tudo o mais que fora alardeado decorria de opinião negativa fundada na incompreensão dos fatos, que serviu como estopim na já existente intolerância entre católicos e protestantes, e mesmo com todas as evidências da inocência de Jean Calas, ele fora torturado até a morte para satisfazer alguns espíritos preconceituosos e intolerantes. O discurso de ódio não está no fato de acusarem Jean Calas de haver cometido um homicídio, mas na afirmativa acerca de seu suposto desiderato na morte do filho, isto é, que protestantes devem matar o próprio filho acaso este manifeste a intenção de apostatar. Ou seja, trata-se de uma espécie de discurso cuja motivação se direciona ao ataque de um grupo de pessoas, não a um indivíduo.[40]

Outro dado que fomenta o discurso de ódio é o preconceito gerado pelo obscurantismo acerca da verdade, decorrente da falta de capacidade ou de vontade para se certificar da correição dos fatos, ou seja, a pessoa decide crer de uma determinada maneira porque não tem capacidade intelectual ou volitiva para discutir e conhecer os pormenores de um determinado fato ou situação.

38. Um dos títulos de Jesus Cristo, conforme Is 9,6. Bíblia Sagrada.
39. VOLTAIRE. *Tratado sobre a intolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6.
40. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

Foi o que levou a Congregação do Índice a condenar tantos livros e o que motivou o Santo Ofício da Inquisição a matar tantos cientistas que somente queriam contribuir para o avanço da Ciência, tal como acontecera com Galileu Galilei, que fora condenado e obrigado a mentir para salvar sua vida, somente porque seus julgadores, apegados à pobreza de sua teologia, acreditavam que toda teoria científica que contradissesse a interpretação literal da Bíblia deveria ser taxada de heresia. O preconceito aqui diz respeito ao fato (suposta heresia), nascido da ignorância e que produziu intolerância em alguns ditos religiosos, predispondo-os a um discurso de ódio pela condenação de Galileu.

Entende-se, desse modo, que a raiz da intolerância reside no preconceito. Este, segundo Norberto Bobbio, citado por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, pode suscitar discriminações de um grupo contra outro, e pode se dar em relação a opiniões políticas, filosóficas, religiosas, bem assim como em relação ao sexo, etnia, nacionalidade, cor.[41] A discriminação (e aqui nos interessa a discriminação religiosa), neste sentido, não se resume à simples diferenciação de um grupo em relação a outro, mas na diferenciação negativa, fundada em crenças e superstições de concepções equivocadas que redundaram em preconceitos, que são aceitos, sustentados e utilizados pelo grupo que se considera superior para aniquilar o grupo considerado inferior, em verdadeira intolerância de uns em relação à religião de outros.

Como explica Jean-Jacques Rousseau, as origens da intolerância religiosa são uma decorrência lógica da formação das nacionalidades. Em sua obra, O Contrato Social, explica o autor que o governo da humanidade em seus primórdios estava reservado aos deuses, pois não havia naqueles tempos monarquias, repúblicas, reis, Estados, mas governos teocráticos regidos pelos próprios deuses. E conforme a humanidade crescia e se dividia, as novas sociedades sentiam a necessidade de erigirem seus próprios deuses, uma vez que seria inconcebível que dois povos rivais cultuassem, buscassem vitórias nas guerras e proteção da mesma divindade. Das novas formações sociais adveio o politeísmo, assim como os ânimos civilmente beligerantes trouxeram para o campo religioso desconfianças de uma nação em relação aos deuses de outras nações, principalmente, das inimigas. Esses preconceitos fomentados em massa produziram intolerância entre as crenças[42] e, assim, as guerras.

41. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 109-113.

42. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 155.

Ou seja, a intolerância religiosa é um problema histórico. E se ela nasce de preconceitos e discriminações, o caminho para evitar, minimizar ou exterminar tais processos de intolerância, passa pela necessidade do estabelecimento de diálogos entre os diversos grupos envolvidos, levando-se em consideração a ponderação dos discursos religiosos, a limitação da liberdade de culto e o respeito entre os diversos grupos.

A ponderação do discurso não significa que qualquer religião tenha sua liberdade de expressão restringida no sentido de ter de modificar ou calar a proclamação de seus dogmas; apenas implica em que não o faça com a finalidade de menosprezar ou ridicularizar a fé ou a dignidade humana de outrem. Levando-se em consideração que os fins de uma religião devem ser a recondução do ser humano a Deus e o encontro da paz interior, toda admoestação (dirigida aos próprios fiéis) e proselitismo (dirigida aos que ainda não abraçaram aquela fé) que se faça, devem estar baseados no amor ao próximo e pelo exemplo de um modo de vida de quem prega condizente com aquilo que professa crer. É nesse sentido que John Locke afirma que até a exclusão de um fiel do corpo eclesiástico deve ser feita de modo que "não esteja redigida com termos insultuosos ou com tratamento grosseiro, que tragam qualquer dano à pessoa expulsa no físico e nos bens".[43]

De igual modo, o exercício do culto deve estar restrito aos fins da religião, não para provocar a ira de outros religiosos ou vilipendiar seus locais de culto. Pode não haver nenhum problema em um cristão divulgar sua fé em uma praça pública, como acontecem reiteradas vezes na Praça da Sé, em São Paulo; diferentemente, colocar uma caixa de som em frente a um terreiro de culto afro para condenar a manifestação religiosa que ali se pratica pode não ser uma ideia tão cristã. De modo semelhante, um candomblecista tentar participar de um culto cristão todo aparamentado com suas vestimentas rituais tentando ali invocar seus guias ou colocar sua oferenda na porta de um templo cristão pode sugerir certa provocação. Ou seja, o exercício do culto deve ser levado a cabo livremente, como expressão de amor a divindade e ao próximo, tendo-se sempre em consideração, como entende John Locke, que:

> (...) nenhum indivíduo deve atacar ou prejudicar de qualquer maneira a outrem nos seus bens civis porque professa outra religião ou forma de culto. Todos os direitos que lhe pertencem como indivíduo, ou como cidadão, são invioláveis e devem ser-lhe preservados. Estas não são as funções da religião. Deve-se evitar toda violência e injúria, seja ele cristão ou pagão. Além disso,

43. LOCKE, John. *Carta acerca da intolerância.* São Paulo: Abril cultural, 1973, p. 14.

> não devemos nos contentar com os simples critérios de justiça, é preciso juntar-lhes a benevolência e a caridade. Isto prescreve o Evangelho, ordena a razão, e exige de nós a natural amizade e o senso geral de humanidade. Se alguém se transvia do caminho reto, redunda em sua própria infelicidade, e não causa em outrem nenhuma injúria; nem alguém é designado para puni-lo nas coisas desta vida porque acredita que ele será miserável na outra vida.[44]

Esses dois comportamentos (discursos e atos) exercidos em nome da religião devem se manter nos limites da liberdade constitucional de expressão e da tolerância religiosa, o que não é fácil de obter-se em uma sociedade plural como a brasileira, mas que se impõe como medida de isonomia, como observa John Rawls, quando afirma que:

> Talvez se diga contra o princípio de liberdade igual que as seitas religiosas, por exemplo, não podem reconhecer absolutamente nenhum princípio que limite suas reivindicações mútuas. Sendo absoluto o dever para com a lei divina e religiosa, não é permissível, de um ponto de vista religioso, nenhum entendimento entre pessoas de confissões diferentes. Com certeza, em muitas ocasiões os homens agiram como se acreditassem nessa doutrina. É, todavia, desnecessário argumentar contra ela. Basta dizer que se há qualquer princípio que possa ser aceito consensualmente, esse deve ser o princípio da liberdade igual. Alguém pode de fato pensar que os outros deveriam reconhecer as mesmas crenças e princípios básicos que ele reconhece, e que não o fazendo estão lamentavelmente errados e fora do caminho da salvação. Mas a compreensão das obrigações religiosas e dos princípios básicos filosóficos e morais mostra que não podemos esperar que outros concordem com uma liberdade inferior. Muito menos podemos pedir-lhes que nos reconheçam como os intérpretes adequados de seus deveres religiosos ou obrigações morais.[45]

Mas a liberdade igual não pode implicar em que se exija tolerância religiosa entre dogmas essenciais à configuração de credos que se opõe, sob pena de esvaziamento da religião. Por isso, quando se fala em tolerância, é preciso indicar a que se está querendo fazer referência. No discurso em torno da religião, há uma grande distinção entre a tolerância em relação aos dogmas da outra religião e tolerância ao direito de se professar outra religião. Com referência

44. LOCKE, John. *Carta acerca da intolerância.* São Paulo: Abril cultural, 1973, p. 15.

45. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 225-226.

aos dogmas essenciais, que dão os contornos da crença, não há qualquer tolerância, porque o contrário implicaria em colocar em dúvida a capacidade de a religião mencionada apontar o correto caminho da salvação. Esse pensamento coaduna-se com o quanto afirmado pela Igreja católica romana em seu catecismo:

> O dever de prestar a Deus um culto autêntico diz respeito ao homem individual e socialmente. Essa é "a doutrina católica tradicional sobre o dever moral dos homens e das sociedades em relação à verdadeira religião e à única Igreja de Cristo". Evangelizando sem cessar os homens, a Igreja trabalha para que estes possam "penetrar de espírito cristão as mentalidades e os costumes, as leis e as estruturas da comunidade em que vivem". O dever social dos cristãos é respeitar e despertar em cada homem o amor da verdade e do bem. Exige que levem a conhecer o culto da única religião verdadeira que subsiste na Igreja católica e apostólica. Os cristãos são chamados a ser a luz do mundo. Assim, a Igreja manifesta a realeza de Cristo sobre toda a criação e particularmente sobre as sociedades humanas.[46]

De modo que cada religião deve ter a liberdade de professar seus dogmas independentemente do que pensem adeptos de religiões outras que ensinem exatamente o oposto daqueles postulados. Cada instituição religiosa deve, assim, ter liberdade em sua expressão religiosa, limitada à liberdade de outros de professarem fés diversas. Acerca da liberdade de consciência e de crença asseguradas na Constituição Federal, em seu artigo 5º, VI, entende Dimitri Dimoulis[47] que, ela é mais abrangente que a liberdade de religião, pois além

46. Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Catecismo da Igreja Católica. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 554.

47. DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113-115. Entende Dimoulis que: "A liberdade de consciência e crença se desdobra em quatro direitos. Primeiro, o direito formativo, que consiste na possibilidade de formar quaisquer conteúdos de consciência e de crença, de modificá-los ou de abandoná-los sem interferência de terceiros. Segundo, o direito de expressão, que permite ao titular expressar crenças e conteúdos de consciência, assim como silenciar a respeito, sem sofrer coação ou sanções. Terceiro, a possibilidade de manifestar crenças de forma pessoal (p. ex., ostentar um símbolo religioso) ou organizada e ritualizada, pois a CF assegura o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI). Quarto, o direito social, que garante a proteção dos locais de culto e de seus rituais, concretizando o direito social à segurança (art. 5º, VI) e também a prestação de assistência religiosa a quem se encontre em entidades de internação coletiva, impossibilitado em exercer de maneira autônoma direitos relacionados à religião (art. 5º, VII)".

do direito de se optar por uma religião, engloba igualmente o direito a não ter nenhuma religião, bem como o direito de completo desprezo pelo debate religioso (indiferença ao deísmo e ao ateísmo). Complementando esse ponto de vista, assevera Paulo Thadeu Gomes da Silva que a liberdade de consciência é mais ampla que a liberdade de crença, posto que a primeira confere à pessoa oportunidade de formação de uma ampla visão do mundo, sob variadas perspectivas, filosófica, políticas, humanitárias, que lhe propicia ao final concluir pela adesão a uma específica religião, bem como em optar pelo ateísmo, agnosticismo ou até mesmo se manter alheio à ideia de religião[48].

8. Liberdade religiosa: o cristianismo e os cultos afros

Desde seus primórdios, quando reconhecido como religião oficial do Império Romano até por volta do ano de 1520, a Igreja Católica reinou soberana. Não que todos os cristãos fossem fiéis seguidores do sucessor de Pedro. Ao contrário, houve inúmeras tentativas de se recolocar o catolicismo de volta ao estilo de vida apregoado pelo Cristo. Mas todas as manifestações nesse sentido foram reprimidas pela Igreja com a ajuda dos soberanos seculares.

Contudo, nos tempos de Martinho Lutero, o Estado germânico estava profundamente insatisfeito com o fato de ver tanto dinheiro alemão vertido aos cofres do Vaticano. As 95 teses de Lutero, que inicialmente eram um convite à reflexão da prática católica (e especial, a cobrança das indulgências como meio de salvação) e ao diálogo com os líderes da Igreja e da academia, logo se tornaram em uma causa do povo e governo alemães. Em poucos anos a Alemanha católica se converteu aos ideais de Lutero e ao lema da Reforma[49]: *Solus Christus, sola gratia, sola fides, sola scriptura, soli Deo gloria* (somente Cristo, somente a graça, somente a fé, somente as Escrituras, somente a Deus glória). A igreja católica ensina que a Bíblia somente pode ser corretamente interpretada pela Igreja e que a salvação somente pode ser obtida por meio da fé em sintonia com as obras, concluindo que fora da Igreja (católica) não há salvação. Os reformadores afirmam que somente Cristo pode salvar e interceder pelos pecadores; nem santos nem anjos nem qualquer outro pode fazê-lo. Mas o lema trazido por Lutero afirma que somente a Bíblia – e não as tradições da Igreja romana – constitui-se na única

48. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Sistema constitucional das liberdades e das igualdades*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 80-90.

49. Disponível em: [www.mackenzie.br/homilias_ipb.html]. Acesso em: 17.11.2015.

regra de fé e que ela pode ser lida, interpretada e entendida por qualquer cristão com auxílio do Espírito Santo. Ademais, a salvação ocorre unicamente por meio da fé na graça redentora de Jesus Cristo, independentemente de obras e de intermediários, isto é somente a graça de Cristo pode salvar. Qualquer pessoa, em qualquer lugar, que reconheça ser um pecador, que se arrependa de seus pecados, aceite Jesus Cristo como o único capaz de salvar o ser humano da condenação e dar-lhe a vida eterna, e siga fielmente os ensinamentos bíblicos, está salva. A única coisa que pode tirar-lhe a salvação é o pecado (tudo aquilo que a Bíblia condena). Para um cristão, perder a salvação é muito mais grave que perder a vida. Obedecer a Cristo não é para ele uma opção, mas uma imposição. Negar que é cristão é o mesmo que negar a Cristo; envergonhar-se de ensinar a Bíblia e de pregar o Evangelho é envergonhar-se da obra redentora de Cristo; condescender com o pecado de outrem é tornar-se igualmente culpado pelo mesmo pecado (aquele que dorme com uma prostituta faz-se também prostituto). O perdão divino inocenta o ser humano de seus pecados perante Deus, mas não perante a sociedade. Por isso, a primeira orientação que um pastor dá a um novo convertido é que ele acerte suas dívidas com a sociedade. Se lesou alguém, que repare a lesão; que peça perdão àqueles a quem ofendeu; que abandone os vícios e as práticas condenáveis pela sociedade e pela Igreja. Se algum crime cometeu, que procure as autoridades e se entregue.

A mesma luta por reforma da religião cristã operou na Suíça, com Zwínglio, na França e Países Baixos, com Calvino e em muitas outras partes da Europa. Aqueles que se uniam à causa protestante se autodenominavam "evangélicos", mas posteriormente foram denominados protestantes. Desse movimento nasceram as igrejas luterana, anglicana, presbiteriana, batista, episcopal entre outras. Mas em abril de 1906, no prédio da Igreja Metodista Episcopal Afro-americana, durante uma reunião liderada pelo protestante afro-americano William Joseph Seymour, teve início o movimento pentecostal, que pretendia ver reproduzidos os mesmos fenômenos manifestados no dia de Pentecostes e dias que se seguiram. Relata o evangelista Lucas[50], que após a ressurreição de Jesus e sua ascensão aos Céus, seus seguidores (aproximadamente 120 pessoas, incluindo os apóstolos) estavam em Jerusalém, em um lugar chamado cenáculo (espécie de refeitório). Estavam orando e louvando a Deus quando, de repente, receberam o batismo no Espírito Santo e começaram a

50. RYRIE, Charles C. (org.). *A Bíblia anotada:* edição expandida. São Paulo: Mundo Cristão; Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2007. Livro dos Atos dos Apóstolos, caps. 2 e 3.

falar em línguas que não conheciam e não entendiam. Segundo o Evangelho de Lucas, naquela ocasião havia em Jerusalém muitas pessoas que vieram para as festividades e, ao ouvirem os cristãos orando e falando, ficaram admiradas, porque tais estrangeiros ouviam e compreendiam o que eles falavam, porquanto algumas dessas línguas que estavam sendo faladas pelos cristãos eram línguas nativas desses visitantes. O falar em outras línguas era o sinal de que haviam recebido o revestimento de poder de Deus, que os capacitava a pregar o Evangelho (boas novas de salvação), profetizar (falar acerca de coisas futuras e desconhecidas), curar enfermos, expulsar demônios, operar sinais e maravilhas (restaurar vistas ao cego, fazer paralíticos andar, surdos ouvir, mortos ressuscitar). Esse chegou ao Brasil em 1911. As primeiras Igrejas cristãs protestantes pentecostais foram as Assembleias de Deus e Congregação Cristã. O pentecostalismo cresceu e conquistou protestantes de igrejas tradicionais, como batista, metodista, presbiteriana, que, ao lado dessas denominações tradicionais, passaram também a existir em versões pentecostais, como a Igreja Metodista Wesleyana, a Igreja Batista Renovada, a Igreja Presbiteriana Renovada. O foco de todas essas denominações protestantes, tradicionais e pentecostais, continuava a ser a vida espiritual. Contudo, em finais de 1970, surgiu a Igreja Universal do Reino de Deus que, embora reconhecida como participante do pentecostalismo protestante, recebe severas críticas por uma parte do classicismo protestante por conta de sua teologia e liturgia.

Contudo, excessos e desvios à parte, pode-se dizer que embora cada uma dessas denominações tenha seu próprio ritual litúrgico:

> Em essência, o culto cristão é um encontro de Deus com seu povo no qual se estabelece um diálogo: Deus fala a sua Igreja através de sua Palavra, e a congregação expressa sua adoração ao Senhor mediante orações, ofertas e hinos.
>
> Quando nos reunimos para cultuar, exercitamos o sacerdócio universal dos crentes, que só se torna possível através do sacrifício expiatório de Jesus (...). Exercitamos esse sacerdócio das seguintes formas:
>
> 1 – Falamos com Deus expressando nossa fé através dos cânticos, das orações e dos credos.
>
> 2 – Ouvimos e somos alimentados pela Palavra de Deus, que é lida e exposta.
>
> 3 – Compartilhamos a fé através do testemunho uníssono do que cremos e que Deus tem feito[51].

51. MAIA, Herminsten. *Fundamentos da teologia reformada*. São Paulo: Mundo Cristão, 2007, p. 127-131.

Mas independentemente de que ramo do protestantismo se trate, todos creem que:

1 – Após a morte é impossível ao que morreu comunicar-se com os vivos;

2 – Vive-se fisicamente uma única vez. Não existe reencarnação, mas ressurreição futura de todos os mortos, uns para a vida eterna e outros para a condenação eterna;

3 – Uma vez que os mortos não podem se comunicar com os vivos, toda comunicação que em nome deles é feita é obra de espíritos maus, isto é, esse espírito não vem de Deus, pois Este não pode mentir. Logo, trata-se de um espírito demoníaco.

4 – Deus e seus agentes se comunicam com os vivos, mas o fazem sempre em seus próprios nomes;

5 – Todos os seres humanos já nascem condenados ao inferno. Somente pela fé na obra redentora de Jesus Cristo, por meio da graça divina, pode-se alcançar a salvação e a vida eterna. Nesse ponto há uma divergência entre arminianos e calvinistas, mas irrelevante para os objetivos do tema discutido neste trabalho.

A essas crenças se opõe o espiritismo, muito embora para alguns o espiritismo não seja uma religião. E não seria "uma religião constituída, porque não tem culto, nem rito, nem templos e que, entre seus adeptos, nenhum tomou, nem recebeu o título de sacerdote ou de sumo-sacerdote"[52]. De qualquer modo, sendo religião ou uma orientação filosófica, na concepção espírita:[53-54]

1 – Todas as pessoas serão salvas;

2 – Jesus não é Deus nem nos salvou da condenação eterna;

3 – A Bíblia não é a Palavra de Deus;

4 – Não existem anjos e demônios;

5 – A reencarnação é uma realidade, mas a ressurreição não existe;

6 – Há comunicação entre mortos e vivos.

Por ouro lado, na visão afro-brasileira de espiritualidade, a culpa e o pecado não encontram guarida, e a diversidade de ritos e nomes pelos quais essas

52. Disponível em: [www.febnet.org.br/wp-content/uploads/2012/06/ESDE-Programa-Fundamental-Tomo-I-18x25-Miolo-A.pdf]. acesso em 16.11.2015, p. 33-34.

53. Disponível em: [http://grupoallankardec.blogspot.com.br/2013/05/no-que-o-espiritismo-acredita-e-nao.html,]. Acesso em: 16.11.2015.

54. Disponível em: [www.febnet.org.br/wp-content/uploads/2012/06/ESDE-Programa-Fundamental-Tomo-I-18x25-Miolo-A.pdf]. Acesso em 16.11.2015.

religiões são conhecidas torna um pouco mais difícil sua sistematização. Conforme explica Reginaldo Prandi, essa variação como se dá a conhecer o culto afro é devida, em parte, às etapas que precisou vencer até estabelecer-se como religião nos dias atuais, quais sejam, a da sincretização, a do branqueamento e a da africanização[55].

Em um primeiro momento, foi necessário associar-se ao catolicismo para sobreviver à perseguição. E isso é muito compreensível porque, enquanto a religiosidade afro estava associada a pactos com o demônio, magia, feitiçaria e bruxaria, o catolicismo era a porta de entrada para a sociedade. Dessa fase surgiu o sincretismo entre os orixás africanos e os santos católicos.

Posteriormente, o culto afro sofreu influências do espiritismo e da cultura indígena e dessa mistura nasceu a umbanda, não como uma religião de negros africanos, mas como criação da espiritualidade brasileira. Buscou-se nessa fase apagar o estigma de religião do mal, atrelada a sacrifícios de animais e rituais secretos e macabros. A umbanda firmava-se, assim, como uma religião de todos, mas discordava do kardecismo em alguns pontos essenciais, como por exemplo, na ideia de progressão espiritual cármica, pois nesse ponto manteve-se fiel ao candomblé, entendendo que a vida deve ser vivida "aqui e agora", esforçando-se cada um para usufruir o melhor que a passagem pela Terra lhe possa proporcionar. Os fiéis da umbanda acreditam que[56]:

1 – Há reencarnação e não ressurreição;

2 – Os espíritos dos que já morreram se comunicam com os vivos;

3 – Não existe inferno nem condenação eterna;

4 – O diabo não existe;

5 – Jesus morreu, mas sua morte não foi vicária; seu sangue não perdoa pecados.

Finalmente, a volta às origens, com a africanização da religião, teve início por volta dos anos 1960 e ganhou força com a nova Constituição de 1988, que combate toda forma de discriminação e reafirma a laicidade do Estado brasileiro e a liberdade de crença e culto a todos. A religião de matriz africana já não necessita amparar-se na proteção católica para se ver aceita e

55. Disponível em: [https://candombledabahia.wordpress.com/2013/05/]. Acesso em: 16.11.2015.

56. Disponível em: [http://espiritualidadeeumbanda.blogspot.com.br/2013/03/jesus-cristo.html]. Acesso em: 16.11.2015.

pode finalmente erguer-se como religião, em pé de igualdade com as demais que são professadas no Brasil. Assim, a partir dos anos 1960[57] o candomblé começa a ganhar força, principalmente entre as classes mais abastadas, e reclama seu reconhecimento como religião de matriz puramente africana, defendendo que:

1 – Não existe condenação eterna;

2 – O diabo é criação do imaginário cristão;

3 – Jesus não morreu para salvar a humanidade de seus pecados;

4 – Pecado é invenção do cristianismo;

5 – Os espíritos dos antepassados se manifestam por meio da incorporação para orientar e ajudar os vivos.

Como se nota, os pontos essenciais entre o protestantismo e as religiões espíritas (espiritismo, umbanda e candomblé) são inconciliáveis e dizem respeito unicamente ao campo metafísico, alcançáveis somente por meio da fé, impossíveis de serem empiricamente demonstrados, mas protegidos constitucionalmente. E a mesma Constituição que dá a um e a outro fiel o direito de direcionarem suas fés para uma dessas religiões ou para qualquer outra, dá-lhes também proteção para livremente manifestarem suas convicções.

9. Crimes contra o sentimento religioso

Segundo Émile Durkheim, o direito existe para regular as relações sociais, complementando que a religião é um fato eminentemente social[58]. A dificuldade em se conceituar religião decorre da fluidez que o vocábulo apresenta em face da subjetividade de seu elemento central: a fé. A liberdade de religião é primeiramente a discricionariedade que cada pessoa possui de crer no mundo espiritual e em seu modo de interagir com essa realidade metafísica. Mas é também um salvo conduto para que, crendo, cultue a divindade escolhida. Émile Durkheim entende que, para se conhecer uma religião, faz-se necessário imiscuir-se por uma trajetória histórica até sua gênese formativa. E acrescenta que essa tarefa é tanto mais difícil quanto mais complexa for a religião a ser estudada. De modo que para alcançar um conceito geral de religião, Durkheim volta-se para as religiões mais primitivas, pois entende que nestas "o fato re-

57. Disponível em: [www.usp.br/revistausp/28/05-prandi.pdf]. Acesso em: 16.11.2015.

58. DURKHEIM, Émile. *Sociologia.* Texto organizado por José Albertino Rodrigues. Coordenador: Florestan Fernandes. São Paulo: Editora Ática, 2006, p. 155.

ligioso mantém ainda visível a marca de suas origens", o que dificilmente se obteria nas religiões mais desenvolvidas.[59]

Por mais atrativa que possa ser a ideia de se estudar a fundo as diversas religiões, entende-se tratar-se de uma tarefa assaz difícil, para não dizer inviável. Além disso, ainda não restou provado que esse estudo profundo se faça necessário para que se estabeleça o diálogo entre o Estado e os diversos segmentos religiosos.

Por outro lado, como acima verifica-se, a tarefa do Estado de tentar proteger e promover a fé culminou por tornar uma religião algoz de outras tantas, produzindo discursos de ódio e intolerância religiosa, frutos do desconhecimento e do preconceito fundados na alegada superioridade de uma crença que ignorou sua razão de ser: amar a Deus acima de todas as coisas e ao próximo como a si mesmo[60]. A união entre Estado e Igreja gerou, como consequência, a paridade entre pecado e crime, de modo que as práticas condenadas pela religião católica por serem consideradas pecado, foram alçadas à categoria de crimes e passaram a ser sancionadas criminalmente pelo Estado.

Este quadro sofreu profunda transformação, por força da liberdade de crença e de expressão asseguradas pela Constituição em um Estado dito laico. Mas o atual Código Penal brasileiro ainda guarda reminiscências dessa época, distante no tempo, mas não na ideologia. Isto se afirma em face do disposto no artigo 208 do Código Penal:

> Capítulo I
>
> Dos crimes contra o sentimento religioso
>
> Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:
>
> Pena: detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.
>
> Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

59. DURKHEIM, Émile. *Sociologia*. Texto organizado por José Albertino Rodrigues. Coordenador: Florestan Fernandes. São Paulo: Editora Ática, 2006, p. 154.

60. "Amarás, pois, ao Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu entendimento, e de todas as tuas forças; este é o primeiro mandamento. E o segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Não há outro mandamento maior do que estes." Texto da Bíblia Sagrada, extraído de Mc 12,30-31.

Conforme explica Paulo José da Costa Jr.[61], a elaboração do título que trata dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos seguiu os parâmetros do Código Penal italiano, que em seu título quarto cuida dos delitos contra o sentimento religioso e contra o respeito aos defuntos. Essa legislação italiana tinha por intenção inicial a proteção da fé católica, mas a eleição de uma religião oficial do Estado foi questionada em face da liberdade religiosa estatuída na Constituição italiana, que não reconhece a hierarquia do catolicismo[62]. Por isso, conclui Silvio Ranieri que:

> (...) el interés protegido por las normas de este capítulo es el que tiene el Estado por la defensa de la fe religiosa, no solo como culto sino como institución, y también como fuerza indispensable para su existencia y para el progreso social, pero dando especial consideración a la religión católica, apostólica y romana, aunque no se le puede tener como religión del Estado, no obstante a preeminencia que se le reconoce por ser la de la casi totalidad de los ciudadanos[63].

Ou seja, o paradigma utilizado pelo legislador brasileiro na reestruturação do título V, do Código Penal, que cuida "dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos" foi o título quarto do Código Penal italiano, que elaborou esse título em atenção primordialmente à fé católica.[64]

Entretanto, não obstante essa origem e vinculação ideológica do direito brasileiro ao italiano no que tange à proteção do sentimento religioso, diante da laicidade estatal e da liberdade de consciência e de expressão religiosa asseguradas de forma ampla na Constituição de 1988, entendemos que a proteção

61. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 693.

62. RANIERI, Silvio. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1975. t. IV. parte especial. p. 154.

63. RANIERI, Silvio. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1975. t. IV. parte especial. p. 155.

64. De conformidad con el tratado firmado con la Santa Sede el 18 de febrero de 1929, que entró en vigencia con la ley núm. 810, del 27 de mayo de 1929 (artículo 1.º), la fe religiosa, que encuentra especial defensa en el Código Penal, es la católica, apostólica, romana, como religión profesada por la casi totalidad de sus ciudadanos. Sin embargo, em la norma penal encuentran protección también los demás cultos admitidos, que son los que profesan princípios y no siguen ritos contrarios al orden público o a las buenas costumbres, y que están expresamente reconocidos o tienen ministros aprobados. *In:* RANIERI, Silvio. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1975. t. IV. parte especial. p. 153.

deva ser geral, mas que escapa ao direito penal a função de defesa da fé e da religiosidade. As figuras delitivas do artigo 208 já se encontram presentes no código e apenas ganham capitulação especial em face da religiosidade. Em face da fragmentariedade e subsidiariedade que informam o direito penal, a este devem ser reservados somente aqueles comportamentos para os quais os demais ramos do direito se mostraram ineficazes de apresentar solução e que se mostram factíveis de controle social por meio da sanção penal. Não nos parece seja o caso da fé e da religiosidade.

Vejamos. O bem jurídico tutelado pelo artigo 208 é o sentimento religioso. Segundo explica Luiz Regis Prado, o "sentimento religioso designa a convicção da presença de uma ordem universal que se erige acima do ser humano".[65] Cezar Roberto Bitencourt afirma que secundariamente defende-se a liberdade de culto e de crença[66]. A liberdade de culto deriva da liberdade de crença, pois a Constituição assegura aos que creem o direito de cultuarem. O culto resume-se em um agrupamento de pessoas, que comungam da mesma fé, que se reúnem pacificamente sem armas, segundo os ditames da ordem pública, para juntos manifestar sua religiosidade. Se terceiros ou mesmo algum dos fiéis resolve perturbar ou impedir a reunião, ou mesmo vilipendiar pessoas ou objetos, aplica-se o disposto no artigo 208 do Código Penal. E se acaso não fosse um culto religioso, mas uma reunião de professores, de advogados, ou de qualquer outra classe ou categoria que se tentasse perturbar, impedir ou vilipendiar? Acaso o direito penal não teria uma resposta para esses atos?

Por isso entendemos que o sentimento religioso do artigo 208 seja a convicção religiosa, como exposto por Luiz Regis Prado, e que não seja tarefa do direito penal protege-la, porque o sentimento religioso implica no direito de sua expressão. Por outras palavras, o sentimento religioso consiste no conjunto de crenças que alimentam a espiritualidade de cada um. Mas cada religião apresenta para o fiel um conglomerado de orientações que, por vezes, contradizem cabalmente os ensinamentos de outra. É o que ocorre entre o cristianismo (ou mais especificamente, o protestantismo) e as religiões espíritas. E se o pai de santo ou o líder espírita, durante reunião com seus fiéis ou em programa de rádio ou televisão afirma que o cristianismo aprisiona a pessoa em uma esfera de culpa que o impede de viver plenamente, acaso atingiu o sentimento religioso

65. REGIS PRADO, Luiz. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial: volume 5, arts. 155 a 249. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 429.

66. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 450.

dos cristãos? E se atingiu, estariam eles proibidos de expressar a convicção de suas religiosidades? Certamente sempre há quem fique ofendido quando ouve ataques a sua religião, mas no Estado Democrático o embate de ideias é parte do exercício da cidadania. E as mesmas disputas ocorrem na política, nas controvérsias filosóficas, nas ciências, nas artes e no esporte. De modo que, assim como as Ordenações do Reino foram incapazes de promover a religiosidade, também a legislação penal brasileira não conseguiu proteger o sentimento religioso em sua amplitude, permitindo ainda na atualidade interpretação que exclui de seu amparo algumas crenças de matrizes africanas. Esse é o posicionamento de Paulo José da Costa Jr.[67], para quem os rituais da magia negra e da macumba não estão inseridos no conceito de culto religioso. No mesmo sentido se manifestam, entre outros, Luiz Regis Prado[68] e Cezar Roberto Bitencourt.[69] E essa interpretação restritiva está em consonância com todo o histórico de preconceitos e discriminações que sempre sofreram as religiões de matrizes africanas e com o Título Quarto, do Código Penal italiano, que serviu de parâmetro ao Título V, do Código Penal brasileiro. A defesa da liberdade religiosa deve estar livre de qualquer vinculação histórica ou ideológica com intolerâncias que se tenha praticado no passado para que se torne factível o diálogo franco, sem propensões a discursos que incitem a violência.

Portanto, no que se refere à defesa da fé e promoção dos conceitos religiosos, o Estado, por meio do direito, cumpre um papel negativo no sentido de não impedir a livre manifestação do pensamento religioso, ainda que contenha críticas a outro sistema de crenças. De modo que a defesa do sentimento religioso está fora das atribuições do Estado, por força da laicidade que o qualifica, restando às diversas religiões acomodarem seus pontos de vista com base no princípio da tolerância.

Como já exposto, a questão da tolerância religiosa deve ser focalizada por um duplo viés: intolerância no que tange aos dogmas fundamentais da religião e tolerância em relação ao direito à diversidade religiosa.

No que se refere ao primeiro aspecto (intolerância em relação aos seus dogmas), relembra-se aqui que ela está diretamente ligada à liberdade de consci-

67. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 696.

68. REGIS PRADO, Luiz. *Tratado de direito penal brasileiro:* parte especial: volume 5, arts. 155 a 249. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 433.

69. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 452.

ência, de modo que não se pode exigir do fiel uma conduta incompatível com sua crença, sob pena de ferir-se o mandamento constitucional que lhe garante esse direito fundamental. Seria violadora dessa liberdade de consciência uma lei estatal que exigisse do ateu que afirmasse crer na existência de Deus, que fosse à missa todos os domingos, que trouxesse oferenda aos orixás; que requeresse do satanista que ele louvasse a Jesus Cristo como Senhor, que frequentasse sessões de passe espírita, que fosse à Meca e decorasse partes do Corão; que impusesse ao católico que concordasse que a mãe de Jesus teve outros filhos, que confessasse que a hóstia não é o corpo de Cristo nem o vinho Seu sangue; que determinasse que o espírita e o umbandista confessassem que não existe reencarnação, que a Bíblia é o único livro que contém a verdade acerca da vida espiritual, que não invocassem seus guias; que impingisse ao candomblecista que ensinasse a seus fiéis que aquele que não refreia seus desejos pecaminosos irá para o inferno, que em seus rituais não houvesse danças, palmas nem batidas de tambor, que não sacrificassem qualquer animal. Igualmente violador dessa liberdade seria constranger o protestante que não pregasse que a homossexualidade é pecado; que negasse que os guias e caboclos que incorporam os religiosos afros são espíritos demoníacos; que ensinasse não ser verdade que após a morte a pessoa fica incomunicável com o mundo dos vivos e segue para o Céu ou para o Inferno eternamente, sem escala no purgatório. Como disse Martinho Lutero na abertura de sua defesa em Worms, quando o imperador Carlos V solicitou que ele se retratasse de seus escritos:

> A menos que eu seja convencido pelo testemunho das Escrituras (Bíblia) ou pela razão manifesta (...), eu estou preso pelas passagens da Escritura que citei e minha consciência é cativa da Palavra de Deus (Bíblia). Eu não posso e não irei retratar-me de nada, pois não é seguro nem certo ir contra a própria consciência. Que Deus me ajude. Amém.[70]

Todas essas questões são atinentes à fé, patrimônio da consciência de cada um, que a elas se prendem por inexigibilidade de conduta diversa. É de se frisar, contudo, que o *animus* do religioso deve estar voltado para orientar os indivíduos; não para atacar, menosprezar, ridicularizar a fé alheia. A crítica deve ser feita com respeito e na medida do estritamente necessário a sustentar os pontos da fé daquele que fala. São os excessos e falta de cuidado com o sentimento religioso do próximo que faz com que alguns neopentecostais sejam duramente criticados, inclusive pelos próprios protestantes.

70. LINDBERG, Carter. *Reformas na Europa*. Trad. Luís Henrique Dreher e Luís Marcos Sander. São Leopoldo: Sinodal, 2001, p. 111.

Como se nota na crítica do presbiteriano, não é o fato de expulsar os demônios que causa estranheza nos cultos da IURD, mas o modo como se faz. É neste aspecto que se defende a necessidade de tolerância para com a religião do próximo, isto é, tolerância em relação ao direito à diversidade religiosa, onde importante se mostra a presença do poder público no controle da liberdade de expressão religiosa. Sob este aspecto, a tolerância deve estar baseada no princípio da igualdade de todos de escolher e seguir a orientação religiosa que entender mais correta ou conveniente, e mostra-se como o caminho a ser trilhado por pessoas que precisam conviver, mas que sustentam verdades diametralmente opostas e inconciliáveis[71]. Isto não impede que cada qual sustente suas posições diante do outro, mas que o faça levando em consideração o respeito à dignidade da humanidade de seu ouvinte, tendo-se em consideração que a tolerância diz respeito às ideias, não às agressões e ofensas.

Mas para que esse consenso acerca da tolerância seja possível, necessário se mostra a conscientização das partes envolvidas para se disporem ao diálogo franco, desarmadas dos discursos carregados de mágoas e ressentimentos, e propensas à pacificação de suas disputas. Esse diálogo tem se estabelecido com razoável sucesso nas disciplinas das Ciências da Religião, nas muitas faculdades que se dedicam à troca de conhecimentos entre os diversos credos, oportunizando o aprofundamento das linhas de pesquisa dos dogmas, ritos, práticas das diferentes manifestações religiosas do País e concretização do ecumenismo.

Essa troca de conhecimentos é essencial em uma sociedade plural, para que a expressão da religiosidade de uma crença possa ser traduzida e explicada para adeptos de outras fés, contribuindo para minimizar os preconceitos gerados pelo desconhecimento do outro e de sua realidade. Os termos técnicos e exclusivos de cada segmento devem ser colocados em termos que o leigo possa captá-los, de modo que o público em geral e o poder público estejam em condições contribuir para o aprimoramento dos mecanismos que facilitem a convivência harmoniosa.

Um desses mecanismos é a mídia. Uma mídia bem esclarecida e, ainda melhor, bem intencionada, pode contribuir para informar e educar a sociedade, tal qual se tem visto em relação à educação para conservação do meio ambiente e repressão a toda forma de racismo e discriminação contra minorias. O contrário também é verdadeiro, isto é, a difusão de notícias que acirrem os ânimos

71. MALISKA, Marcos Augusto; WOLOCHN, Regina Fátima. Reflexões sobre o princípio da tolerância. *Revista da Faculdade de Direito UFPR.* Curitiba, n. 58, 2013, p. 37-52.

pode favorecer um ambiente de intolerância religiosa. De igual modo, tendo-se em vista a importância que a religião apresenta para a sociedade, o acompanhamento dos discursos religiosos pelo poder público pode contribuir para que os órgãos incumbidos de combater a intolerância às divergências religiosas esteja melhor preparado e não apresente propostas esdrúxulas, tal como um termo de ajustamento de conduta a traficantes.

Entretanto, no que se refere aos limites do exercício daquela liberdade de expressão religiosa, a positividade normativa a cargo do Estado direciona-se para a proteção dos interesses de todos os religiosos, independentemente de seus credos. Nesse sentido positivo, o Estado coloca-se como observador e controlador dos excessos da liberdade de expressão, considerados tais os posicionamentos que deixem de expor convicções religiosas para gratuitamente atacar a fé alheia, com o objetivo final de ridicularizar e menosprezar qualquer crença e discriminar os fiéis dessa mesma crença. De igual modo, a forma como cada crença se exterioriza, por atos e palavras, importa ao Estado quanto à observância das normas de ordem pública. Alguém pode até crer que somente os que se suicidam como homens-bombas irão para o Paraíso, onde se casarão com dez lindas virgens; incentivar seus fiéis ou pregar publicamente essa sua convicção religiosa, entretanto, infringe o direito brasileiro e a ordem pública, razão pela qual o Estado legitimamente exerce seus poderes ao inibir e condenar tais condutas.

Entende-se, por conseguinte, uma dupla função do direito quanto à liberdade religiosa: negativa, quando se refere aos elementos dogmáticos de cada crença; positivo na forma, extensão e conformidade com a ordem posta da exteriorização dessa crença. Ou, por outras palavras, o que aqui se quer dizer é que o Estado laico não se envolve com os elementos típicos da religiosidade, independentemente da crença ou do grupo religioso. Ao Estado laico não importa, por exemplo, se existe ou não vida após a morte, se os vivos se comunicam ou não com os mortos, se o trabalho aos sábados é ou não permitido, se a transfusão de sangue quando necessário segundo os médicos pode ou não ser recusada pelo paciente... Enfim, são elementos da fé, que dizem respeito ao indivíduo que as pratica e que não atingem direitos de terceiros. A esse, aplica-se a liberdade negativa no sentido de impedir que o Estado-legislador ou o Estado-juiz venha a se imiscuir nos assuntos da religião.

Contudo, se esses elementos da fé passam a desafiar a ordem posta, mostrando-se latente a violação o contrato social, ou, se a exteriorização da crença religiosa infringiu o direito positivado, é dever do Estado, enquanto mantenedor da ordem pública, defender o bem-estar e a segurança dos demais cidadãos, agindo de modo a prevenir e reprimir as práticas que, sob o manto

da religiosidade, constituem-se em atos ilícitos. Neste caso, não está o Estado interferindo na religião, mas sim os adeptos de determinada religião estão exacerbando os limites de sua liberdade religiosa para praticarem ilícitos, sejam cíveis ou criminais. Nesses casos, não pode o Estado se omitir sob pena de fugir ao seu papel de defensor da ordem pública.

10. Conclusão

Espera-se ao fim deste artigo haver demonstrado que a questão da intolerância religiosa no Brasil é um fato histórico, decorrente de preconceitos gerados pela ignorância e por discriminações lastreadas em discursos de ódio que remontam aos tempos das Ordenações do Reino de Portugal e da Espanha. Deste mal as religiões de matrizes africanas muito se ressentem, e com razão, pois ainda nos dias atuais suas crenças são desconhecidas pela maioria da população e seus cultos impregnados de críticas dos diversos setores sociais. Contudo, é preciso que se observe que não foi o cristianismo que discriminou e perseguiu tantas pessoas que, acusadas de heresias, bruxaria, feitiçaria, apostasia, blasfêmia, foram discriminadas, perseguidas, acusadas e condenadas, mas líderes religiosos o fizeram, alegando assim estar prestando um serviço a Deus. A Igreja Católica dos dias atuais é herdeira da Inquisição, mas não culpada das atrocidades naqueles tempos praticadas, assim como a sociedade atual é herdeira das brutalidades da escravidão, mas não pode ser condenada por fatos levados a cabo por outra geração. De semelhante modo, os cultos afros brasileiros podem trazer à lembrança rituais reprováveis de tempos passados, inclusive com sacrifícios humanos, mas seus adeptos são igualmente destinatários da liberdade religiosa conferida pela Constituição de 1988 e seus dogmas e sua liturgia devem receber a mesma atenção que o de outras religiões, em um ambiente de mútua tolerância religiosa.

Para que essa tolerância se torne factível, as partes envolvidas precisam estar conscientes de que suas verdades absolutas não são esvaziadas quando negadas ou contestadas pelas verdades absolutas de outras religiões, porque os dogmas religiosos devem ser verdade para seus fiéis, não para os outros. A liberdade religiosa consiste nisto: que cada um adote para si a verdade que considera única. Desse modo, crenças inconciliáveis jamais se moldarão ou se dobrarão a outras, mas os crentes não precisam ser inimigos uns dos outros, incitando-se mutuamente em discursos discriminatórios tão somente pelo fato religioso.

Se ao Estado não é dado imiscuir-se na eleição dos dogmas que à sociedade devem interessar, nem por isso deve ele estar omisso na questão religiosa,

posto que a importância da religião não é superior à preservação da ordem pública. Sua atuação positiva pode encontrar espaço tanto na fomentação de mecanismos que promovam o encorajamento dos debates religiosos vocacionados ao encontro da tolerância entre os diversos credos, como no combate à disseminação dos discursos de ódio, inclusive aos discursos veiculados como denúncias genéricas que exponham determinado segmento religioso a preconceitos sociais, como se dá nas denúncias de ataques neopentecostais a religiões afros. Se algum crime foi cometido, deve-se identificar o agente. Se o agente não pode ser identificado, nem provada sua vinculação à determinada religião, não se pode atribuir a este ou aquele segmento o fato delituoso. Ao menos, não no Estado Democrático de Direito.

Portanto, atribuir genericamente aos protestantes, ou mais especificamente aos neopentecostais, acusações de perseguição religiosa é atentar contra a paz social, promovendo-se discriminações e discursos de ódio que levam a intolerância religiosa contra o grupo genericamente acusado. Proibir quem quer que seja que manifeste livremente a expressão de suas convicções religiosas tão somente pelo fato de contrariar os interesses de outro grupo religioso é atentar contra a liberdade de crença e de expressão religiosa. A veracidade dos ensinos contidos nos escritos e na fala de Edir Macedo, assim como nos de outros cristãos, quando afirmam que as manifestações que ocorrem nos terreiros de candomblé e de umbanda durante a realização dos cultos afros são provenientes de demônios, não podem ser comprovados ou negados empiricamente e decorrem exclusivamente das convicções religiosas desses manifestantes. Desse modo, desde que se resumam a expressar o entendimento da teologia cristã acerca desses fenômenos, sem a intenção de ridicularizar ou menosprezar os fiéis das religiões afros, nenhum delito se comete, e se inserem dentro do livre debate de ideologias permissíveis em um Estado laico, ressaltando-se que o debate é de ideias, não de pessoas. Rejeita-se o dogma, não o fiel.

11. Bibliografia

ASSIS, Olney Queiroz; KUMPEL, Vitor Frederico. *Manual de antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. São Paulo: Saraiva, 2012.

Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Catecismo da Igreja Católica. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DURKHEIM, Émile. *Sociologia*. Texto organizado por José Albertino Rodrigues. Coordenador: Florestan Fernandes. São Paulo: Editora Ática, 2006.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Direito à liberdade*: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade. Curitiba: Juruá, 2009.

FONSECA, Denise Pini Rosalem da; GIACO-MINI, Sonia Maria. *A presença do axé* — Mapeando Terreiros no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Pallas Editora, 2014.

FREITAS NETO, José. Vilipêndio a culto religioso e liberdade de culto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 6/1994, abr.-jun. 1994.

LINDBERG, Carter. *Reformas na Europa*. Trad. Luís Henrique Dreher e Luís Marcos Sander. São Leopoldo: Sinodal, 2001.

LOCKE, John. *Carta acerca da intolerância*. São Paulo: Abril cultural, 1973.

MAIA, Herminsten. *Fundamentos da teologia reformada*. São Paulo: Mundo Cristão, 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIEROTH, Bodo. *Direitos fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série IDP).

RANIERI, Silvio. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1975. t. IV. parte especial.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REGIS PRADO, Luiz. Tratado de direito penal brasileiro: parte especial: volume 5, arts. 155 a 249. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RYRIE, Charles C. (org.). *A Bíblia anotada:* edição expandida. São Paulo: Mundo Cristão; Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2007.

SIANO, James Alberto. A liberdade de expressão em respeito à dignidade humana. *In:* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Sistema constitucional das liberdades e das igualdades*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Vagner Gonçalves da. Concepções religiosas afro-brasileiras e neopentecostais: uma análise simbólica. *Revista USP*, São Paulo, n. 67, p. 150-175, set. /nov., 2005.

VOLTAIRE (François Marie Arouet). *Tratado sobre a intolerância:* a propósito da morte de Jean Calas. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A religião como objeto de tutela penal: limites e possibilidades, de Leonardo Henriques da Silva – *RIASP* 30/39-53 (DTR\2012\451346);
- Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988, de Ingo Wolfgang Sarlet – *RT* 923/221-238 (DTR\2012\450672);
- As margens de estige: o direito penal e a limitação dos crimes de ódio relacionados à religião, de Rodrigo Fuziger – *Ciências Penais* 17/317-334 (DTR\2013\1865); e
- Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, de Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-pflug – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 8/985-994 (DTR\2015\11501).

Compensação penal por penas ou prisões abusivas

Penal compensation for abusive sanctions or imprisonments

Rodrigo Duque Estrada Roig

Pós-doutor em Direito Penitenciário junto à Università di Bologna (Itália). Doutor em Direito Penal pela UERJ. Professor do curso de pós-graduação em Ciências Criminais e Segurança Pública da UERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
rodrigoroig@yahoo.com.br

Recebido em: 25.10.2016
Aprovado em: 21.11.2016
Última versão do autor: 28.11.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O tempo de prisão em condições abusivas ou ilegais jamais pode ser mensurado da mesma maneira que o tempo de prisão sem abusos ou ilegalidades. O tempo de prisão não mais pode ser medido de forma meramente cronológica ou linear, mas sim qualitativamente, considerando as variações concretas da prisão ou da pena durante seus cursos. Consequentemente, este trabalho apresenta a possibilidade de compensação penal em caso de penas ou prisões abusivas, definido como a obrigação pública de reparar, não só pela compensação pecuniária, mas principalmente pela via penal, o sofrimento de atos arbitrários, superlotação ou outras condições duras ou desumanas por parte das pessoas presas. O presente trabalho analisa os possíveis fundamentos jurídicos, bases doutrinárias e jurisprudenciais da compensação penal, bem como investiga como tal medida pode ser materializada.

Palavras-chave: Compensação – Pena – Prisão – Abuso – Ilegalidade.

Abstract: Time of imprisonment in abusive or illegal conditions can never be measured by the same way as time of imprisonment without abuses or illegalities. Time of imprisonment can't be no longer measured in chronological or linear way, but qualitatively, considering the concrete variations of prison or sanction during their courses. Therefore, this paper presents the possibility of penal compensation in case of abusive sanctions or imprisonments, defined as the Public´s obligation to repair, not only with pecuniary compensation, but mostly with penal compensation, the suffering of arbitrary acts, overcrowding or other harsh or inhuman conditions by prisoners. This paper analyzes the possible legal, doctrinal and jurisprudential bases of penal compensation and investigates how this measure can be materialized.

Keywords: Compensation – Sanction – Prison – Abuse – Illegality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamentos jurídicos da compensação penal por penas ou prisões abusivas. 2.1. Fundamentos constitucionais. 2.2. Fundamentos convencionais. 2.3. Fundamentos legais. 2.4. Fundamentos principiológicos. 3. Bases doutrinárias da compensação penal por penas ou prisões abusivas. 4. Precedentes jurisprudenciais da compensação penal por penas ou prisões abusivas. 5. Aplicação prática da compensação penal por penas ou prisões abusivas. 5.1. Exemplos de compensação penal no processo de conhecimento. 5.2. Exemplos de compensação penal no processo de execução penal. 5.3. A compensação penal por penas ou prisões abusivas nas medidas de segurança. 5.4. Propostas de mensuração da compensação penal. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A concepção que cada civilização possui do tempo é indiscutivelmente variável. Nas civilizações pré-industriais, lembra Eugenio Raúl Zaffaroni, predominava a ideia de um tempo circular ou cíclico, enquanto que na civilização africana – em que a constante ameaça à própria existência demanda a permanente vivência do presente – prevalece a ideia de tempo pontual. Já a ideia de tempo linear é própria da sociedade industrial que vivenciamos, obcecada pela acumulação de conhecimento e de poder em forma progressiva ao infinito[1].

Na civilização industrial e tecnológica é íntima a relação entre pena e vingança. Neste modelo "civilizatório", a privação da liberdade vem sendo realisticamente influenciada pelo binômio tempo-sofrimento, refletindo de certo modo a tentativa de se encontrar proporcionalidade e racionalidade na relação entre tempo linear (cronológico) e grau de castigo imposto. Da mesma forma que as sociedades industriais associaram medida monetária, tempo e força de trabalho, e do mesmo modo que as relações capitalistas se solidificaram com a apropriação do "trabalho-tempo" alheio, a privação da liberdade também pretendeu à sua maneira fazê-lo, porém agregando tempo e dor e tornando a execução penal autêntico *governo de homens no tempo*[2].

Ao tentar esconder o real propósito retributivo da pena, o sistema penal e o discurso penal dominante buscaram tornar desimportante a intensidade do

1. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 48.

2. Elucidando a expressão, PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. *Saggi sul governo della penalità*. Letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Edizioni Martina, 2007, p. 27. A própria expressão *doing time*, comumente utilizada na língua inglesa e sinônimo de "cumprindo pena", é muito apropriada para demonstrar a moderna associação entre tempo e sofrimento, refletindo o fenômeno da parametrização (ou cronometragem) da dignidade humana.

sofrimento existencial (vivencial) experimentado pela pessoa presa ao longo do encarceramento (elemento qualitativo), deixando em seu lugar e exaltando um elemento aritmético ou quantitativo típico do positivismo jurídico: o tempo cronológico de aprisionamento.

Ainda hoje, o discurso jurídico continua a assumir a falsa representação de que o transcurso do tempo de cumprimento da privação da liberdade permanece sujeito à medida determinada pelo *quantum* da pena formal[3]. Até – e sobretudo – hoje, as decisões de prisões cautelares e as sentenças penais condenatórias continuam a buscar uma impossível proporção entre delito, punição e tempo[4], acabando por anunciar privações e sanções que, embora mensuráveis em tempo físico ou linear, são executadas em um plano ontológico diferente: o do tempo existencial ou vivenciado[5]. Produzem, com isso, uma fissura clara entre medida qualitativa (grau de dor) do encarceramento e medida quantitativa (cronológica) da pena; entre o dinâmico (tempo vivencial) e o estático (dosimetria pura); entre o concreto (sofrimento humano) e o abstrato (cálculo temporal); entre o ser (violência material) e o dever-ser ("legitimidade" formal) da pena privativa de liberdade; entre a realidade (desproporcionalidade

3. Nesse sentido, VACANI, Pablo Andrés. El desarrollo temporal de la pena y su redefinición cuantitativa en la etapa de ejecución. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41834-desarrollo-temporal-pena-y-su-redefinicion-cuantitativa-etapa-ejecucion]. Acesso em: 11.08.2016. Em outro texto, salienta o autor: "Todos sabemos que la cárcel mata, deteriora, enferma y lesiona gravemente mientras que la práctica jurídica continúa en el cálculo, negando la indagación existenciaria del sujeto, y, juntamente con ello, perpetrando el alejamiento de toda percepción y visibilidad de las prácticas punitivas". VACANI, Pablo Andrés. El tiempo de la pena y el tiempo en el encierro. Apuntes para el análisis del campo de prisión y la acción concreta en el campo judicial. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013, p. 21.
4. MESSUTI, Ana. Delito, pena, tiempo: una proporción imposible. *Revista Ultima Ratio*. ano 1, n. 0, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
5. Em sentido semelhante, SLOKAR, Alejandro. La ley de los sin ley. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raul *et. al*. *La medida del castigo*. El deber de compensacion por penas ilegales. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 87; ZAFFARONI, Eugenio Raul. Cronos y la aporia de la pena institucional: acerca de la interdisciplinariedad constructiva del derecho penal con el derecho de ejecución penal. *In*: VV.AA. *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*. Cidade do México: UNAM, 1998. t. II, p. 1.523-1.524. Também analisando a ideia de tempo vivenciado, MINKOWSKI, Eugene. *Il tempo vissuto*. Fenomenologia e Psicopatologia. Torino: Einaudi, 1971, p. 14; MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

entre o tempo de prisão ou de pena e a intensidade da aflição existencial) e a falsa representação dela (falsa noção de proporcionalidade penal); entre a perspectiva *ex post* (real sofrimento) e *ex ante* (imposição de prisão ou penalização aritmética) da privação da liberdade.

No intuito de superar este histórico desacerto político-criminal e de enxergar a pessoa presa como sujeito que efetivamente vive a privação da liberdade, torna-se essencial medir o tempo de prisão não mais de forma meramente cronológica ou linear, mas sim considerando as variações de qualidade sofridas pela privação de liberdade ou pela pena durante o seu curso[6]. Assim é que o tempo de prisão vivenciado em condições abusivas ou ilegais jamais pode ser percebido e mensurado da mesma maneira que o tempo de prisão cumprido sem abusos ou ilegalidades.

É notório que incumbe ao Estado zelar pela integridade física e moral das pessoas presas, nos estritos termos do art. 5º, XLIX, da CF. É sabido, também, que a Administração Pública deve responder civilmente – com fundamento na teoria do risco administrativo – pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (art. 37, § 6º, da CF), danos estes oriundos de condutas comissivas ou omissivas. Logo, tendo em vista a condição especial de garante[7] do Estado em relação às pessoas presas, é inconteste a possibilidade de indenização estatal pecuniária por atos arbitrários, superlotação, condições abusivas, desumanas, ou degradantes, sofridas pelas pessoas presas[8], evidenciando-se a chamada *culpa in custodiando*.

Contudo, ao fazerem alusão ao direito à indenização, doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias, ainda se atrelam à ideia de reparação exclu-

6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación. Buenos Aires: FD UBA, 2013, p. 4.

7. Tanto a Corte Suprema de Justiça da Argentina, no processo *Verbistky* (30.05.2005), quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Resolução de 18.06.2005 sobre "la situación de las cárceles mendocinas", consideraram que o Estado se encontra na posição de garante em relação às pessoas privadas de sua liberdade, porque as autoridades penitenciárias exercem um controle total sobre estas. No mesmo sentido, CASTELLANOS, Clarisa Esther. La potestad disciplinaria de la autoridad penitenciaria y la vigencia del principio non bis in idem en el ámbito de ejecución penal. *In*: AROCENA, Gustavo (dir.). *Derecho Penitenciario. Discusiones actuales*. Córdoba: Alveroni, 2011, p. 227.

8. STF, RE 215.981/RJ, 2ª T., j. 08.04.2002; STF, RE 272.839, 2ª T., j. 01.02.2005; STF, AI 577.908 AgR/GO, 2ª T., j. 30.09.2008; STF, ARE 940.425 RJ, 2ª T., j. 19.01.2016. Nos casos de morte de detentos, cf. STF, RE 841.526/RS, Tribunal Pleno, j. 30.03.2016 (tema 592 da Repercussão Geral).

sivamente cível. Mesmo em matéria penal, não conseguem se desvencilhar, por exemplo, do dogma de que o erro judiciário ou a prisão além do tempo fixado na sentença geram o direito à indenização estritamente pecuniária. Ignoram, com isso: a) que a lógica de reparação unicamente pecuniária produz a "precificação" da dignidade humana[9], ocultando ou subdimensionando, com cifras, as agruras sofridas pelas pessoas presas; b) que a obtenção de reparação pecuniária pelas pessoas presas é cercada por uma série de obstáculos, tais como dificuldade de reunir e apresentar ao juízo cível os documentos comprobatórios dos danos sofridos, receio de retaliação por parte do Estado, descrença no reconhecimento judicial do direito à reparação, desvalorização judicial dos danos morais das pessoas presas, em comparação a outros lesados e a outros eventos danosos (ex.: extravio de bagagens), imensa demora no recebimento da indenização, entre outros empecilhos; c) que tempo subtraído de pena é tempo subtraído de vida[10].

Exatamente no intuito de romper essa lógica reparatória maniqueísta – e considerando que, no cárcere, o tempo e a forma de aprisionamento são as mais eficazes "moedas" de reparação – é que deve ser difundida a chamada "compensação penal por penas ou prisões abusivas".

Entende-se por "compensação penal por penas ou prisões abusivas"[11] o dever estatal de reparar, não só pela via pecuniária (com fulcro no art. 37, § 6º, da CF), mas principalmente pela via penal, o sofrimento de atos ar-

9. Nesse sentido, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015; SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. *In*: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

10. Para Ana Messuti, talvez um primeiro e fundamental direito humano é o direito a ser considerado com todas características que têm na realidade um ser humano. E uma das mais importantes é sua temporalidade. Tê-la presente supõe sermos conscientes de que o tempo que se "tome" com a pena não é só tempo de pena, é sua vida mesmo. Ainda segundo a autora, a irreversibilidade do tempo, que faz impossível voltarem atrás as engrenagens do sistema penal, torna irreparáveis tanto os sofrimentos originados na presença no cárcere, como tudo o que o preso perdeu devido à sua ausência de todos os lugares que não o cárcere. Assim como a pena de morte é muito grave pela impossibilidade de restituir a vida, também a prisão o é pela impossibilidade de restituir tempo de vida. MESSUTI, Ana. Más allá del tiempo como pena. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et all*. *La medida del castigo*. El deber de compensacion por penas ilegales. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 47-48.

11. Nesse sentido, cf. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria Crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 554.

bitrários (ex.: abuso de poder, excesso de prazo, erro judiciário, violência física ou psicológica, violação da intimidade, tortura, extorsão, agressão de outros internos etc.), superlotação ou quaisquer outras condições ásperas, desumanas ou degradantes (ex.: falta ou precariedade de água, alimentação ou assistência médica, insalubridade do ambiente carcerário etc.) por parte das pessoas presas, muito embora o próprio ato de encarceramento – independente da ocorrência de ações arbitrárias, superlotação ou condições ásperas, desumanas ou degradantes – já devesse ser circunstância suficiente para a compensação penal, uma vez que conduz à degradação da saúde da pessoa presa.

Se o Estado concentra em si o direito – na verdade pretensão – de privar seres humanos de sua liberdade, tem ele a correspondente obrigação de garantir que estes recebam tratamento digno[12]. Logo, se o Estado não assegura tratamento digno e humano às pessoas encarceradas, deve compensá-las penalmente (com proporcional "moeda" de reparação) pela promessa de dignidade quebrada.

Admitir a compensação penal por penas ou prisões abusivas não significa banalizar ou justificar a violação de direitos humanos. Pelo contrário. Sabendo-se, com uma visão realista, que episódios de violação de direitos humanos no sistema penitenciário continuarão a ocorrer (a despeito de louváveis iniciativas de prevenção), defender a compensação penal significa não deixar que tais violações sejam vítimas do reducionismo pecuniário, ou pior, que ocorram absolutamente em vão.

Admitir a compensação penal por penas ou prisões abusivas tampouco significa esvaziar a importância e a premência dos instrumentos de prevenção dos abusos carcerários (ampliação da prevenção e combate à tortura, contenção da superlotação, maior celeridade jurisdicional, fortalecimento das Defensorias Públicas, fomento às Ouvidorias e Corregedorias Penitenciárias, fiscalização judiciária e ministerial, atuação contundente do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, criação da figura do "Garante Nacional dos direitos das pessoas presas" nos moldes europeus etc.). Tais medidas – que podemos denominar "remédios preventivos" – mantêm sua imprescindibilidade e certamente não se anulam, mas se conjugam com os "remé-

12. Nesse sentido, COYLE, Andrew. *Administração penitenciária:* uma abordagem de direitos humanos – manual para servidores penitenciários. Brasília: International Centre for Prision Studies – King's College London, Ministério da Justiça do Brasil e Embaixada Britânica, 2004, p. 54.

dios compensatórios" (patrimoniais e não patrimoniais). Em outras palavras, não são remédios alternativos, mas cumulativos.

Na essência, a substituição da mensuração quantitativa pela qualitativa do encarceramento e da pena apresenta-se como instrumento político-criminal contraposto ao crescente modelo de política criminal atuarial[13], perigosamente amparada em cálculos de risco do preso, com base no grupo – social, econômico, cultural, de gênero, etário etc. – ao qual pertença. Nessa perspectiva, o frio cálculo atuarial da pena é claramente confrontado (rivalizado) pela análise dos dados reais da seletividade, da história de vida, do presente e do futuro do ser humano preso e das variações de qualidade sofridas pela privação de liberdade ou pela pena durante o seu curso.

E mais, sendo a prisão, em sua dimensão material, produção de sofrimento na forma de privação e limitação de direitos e expectativas, colocando-se nas sombras do não jurídico[14], a compensação penal se posta como contramedida – jurídica – de redução do sofrimento humano, causado pela indevida privação e limitação de direitos e expectativas.

2. Fundamentos jurídicos da compensação penal por penas ou prisões abusivas

Apesar de parecer à primeira vista uma medida sem amparo legal ou de *lege ferenda*, a compensação penal por penas ou prisões abusivas é na verdade amparada por inúmeros fundamentos jurídicos.

2.1. Fundamentos constitucionais

O primeiro fundamento é de índole constitucional. O Estado de Direito brasileiro, pautado pela Democracia e o Republicanismo, possui como um de seus objetivos a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CF) e como fundamento, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), além de preconizar a não submissão a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF), a tutela da integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX, da CF),

13. Discutindo criticamente o tema, DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*. A criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2013; ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines. Madrid: Marcial Pons, 2013.

14. PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal*. Uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 175-176.

o respeito à intimidade e vida privada das pessoas presas (art. 5º, X, da CF), e a satisfação das condições mínimas exigidas em matéria de saúde e higiene (arts. 6º e 196 da CF). Considerando tais normas de maneira sistêmica, é possível então sustentar que a compensação penal por penas ou prisões abusivas é medida de consolidação do Estado Republicano e Democrático de Direito, que promove o bem também das pessoas presas, afirmando sua dignidade, integridade física e moral, intimidade, saúde e higiene, ao reparar o sofrimento de tratamento desumano ou degradante.

Outro aspecto constitucional necessita ser analisado. É sabido que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional veda o alheamento da apreciação de lesão ou ameaça a direito por parte do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). É também notório que a dogmática penal tradicionalmente se alicerça no conceito de lesividade e bem jurídico. Contudo, não parece lógico e razoável evocar a noção de bem jurídico para fins de criminalização primária e secundária, e abandonar tal categoria no exato momento da proteção jurídica à pessoa acusada ou condenada, mediante a compensação penal, seja por falta de proporcionalidade (imediata ou superveniente) entre a extensão da lesão ao bem jurídico e a pena concretamente aplicada, seja pela ocorrência de lesão a bens jurídicos do acusado ou condenado distintos da liberdade (ex.: integridade física e psicológica). Se a noção de bem jurídico não puder ser usada também nestas outras vias, deve ser mais uma vez questionada como instrumento seletivo de criminalização. Nessa perspectiva, a negativa da compensação pela via penal é, a um só tempo, manifestação dissimulada de seletividade do sistema penal e prática velada de exclusão, da apreciação do Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito das pessoas presas.

Mais um fundamento emerge da Constituição da República. Os incisos V, X e LXXV do art. 5º estabelecem, respectivamente, que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem", que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", e que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

No entanto, tais normas em nenhum momento especificam a natureza da indenização estatal devida às pessoas presas que porventura venham a sofrer os danos. Como não há qualquer limitação constitucional, a interpretação nesse caso deve ser a mais ampla possível (ampliativa) e a mais favorável ao indivíduo (*pro homine*), de modo que o conceito de indenização também abarque a reparação pela via penal (às vezes denominada compensação *in natura*), com

a utilização do tempo de prisão ou da forma de aprisionamento como espécies de "moeda" de reparação[15]. Ainda que as referidas normas constitucionais fizessem menção expressa à natureza pecuniária da indenização estatal devida, seria possível a sua aplicação analógica *in bonam partem* de modo a permitir reparação pela via penal ou *in natura*.

2.2. Fundamentos convencionais

O segundo alicerce jurídico é a convencionalidade da compensação penal.

É sabido que ninguém deve ser submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU e art. 5.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos). É igualmente cediço que toda pessoa privada de sua liberdade necessita ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana, devendo ser respeitada sua integridade física, psíquica e moral (art. 10.1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, art. 5.1, da Convenção

15. Em sentido semelhante, conferir o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 580.252/MS, com repercussão geral. O referido voto acrescenta que "a busca de mecanismos que assegurem a tutela específica dos interesses extrapatrimoniais constitui um imperativo constitucional, que decorre do princípio da reparação integral dos danos sofridos e da prioridade conferida pela Carta de 88 à dignidade da pessoa humana. Afinal, os mecanismos de reparação *in natura* permitem a tutela mais efetiva dos direitos fundamentais, impedindo que sua satisfação fique exclusivamente a cargo da pecúnia" (§ 113). Fazendo alusão à doutrina de Anderson Schreiber (Reparação não pecuniária dos danos morais. *In:* SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 215-217), o voto recorda ainda que o ressarcimento na forma específica "sempre esteve presente no campo da responsabilidade civil, inclusive em uma posição de precedência em relação à reparação em dinheiro. Basta conferir a redação do art. 947 do Código Civil, que, ao dispor sobre a indenização, prevê que apenas 'se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente'. Mesmo no campo do direito das obrigações, que ostenta caráter patrimonial, já se reconhece de forma unânime a primazia da solução *in natura*, conferindo ao dinheiro papel subsidiário. A exemplo, o Código de Processo Civil, em seus arts. 461 e 461-A, prevê expressamente que 'a obrigação somente se converterá em perdas e danos (...) se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente'. Não faz sentido, portanto, permitir que os danos patrimoniais causados pelo descumprimento de obrigações possam ser reparados na forma específica, mas apenas admitir a pecúnia como forma de compensação dos danos extrapatrimoniais" (§ 114).

Americana de Direitos Humanos, princípio 1º do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão da ONU, e princípio 1º dos Princípios Básicos para o tratamento dos reclusos da ONU). Não se pode olvidar, ainda, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, da OEA, instrumentos igualmente importantes na tutela da humanidade.

Em especial, o Estado brasileiro é signatário e assumiu o dever de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, art. 1º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP, art. 2.1), dentre eles o direito à não submissão a detenção ou encarceramento arbitrários (art. 7.3 da CADH e art. 9.1 do PIDCP), o direito de reparação a qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais (artigo 9.5 do PIDCP) e a garantia de não imposição de pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito (art. 9º da CADH).

O Estado brasileiro também se comprometeu a tomar as providências necessárias com vistas a adotar medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 2º da CADH), quanto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 2.2, do PIDCP).

Em respeito à "doutrina das obrigações positivas dos Estados" e em cumprimento ao preceito da boa-fé nas obrigações internacionais assumidas, todo Estado que assume suas responsabilidades e respeita suas obrigações perante a comunidade internacional deve empregar todas as ferramentas jurídicas disponíveis para garantir que a reparação da detenção ou encarceramento arbitrários seja a mais efetiva (e integral) possível[16]. É o caso da compensação penal (*in*

16. Nesse sentido, BERTERAME, Celina. La reparación mínima en tiempo vivencial por sufrimiento de prisión arbitraria. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena.* Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013, p. 43. Nesse mesmo contexto, no julgamento do *habeas corpus* n. 56.138 (caso "Saldías, Fernando Ariel" – em 26.02.2013), a Sala I do Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires – reconhecendo a possibilidade de compensação em tempo vivencial – salientou: "Las obligaciones asumidas por el Estado Nacional frente a la comunidad internacional mediante los instrumentos de Derechos Humanos (ubicados en la cúspide del ordenamiento jurídico patrio), impone a todos los organismos actuantes el máximo de diligencia en la evitación de actos lesivos y, en caso de haber tenido lugar, a su cesación y condigna reparación; al mismo tiempo compele a la remoción de los obstáculos que impidan su realización".

natura), mais benéfica e eficaz para o condenado (redução do tempo ou rigor de sua pena), mais proveitosa ao Estado (redução da superlotação e dos custos financeiros com o encarceramento) e menos lesiva à comunidade (redução dos custos sociais oriundos do encarceramento). Compete então ao Estado brasileiro adotá-la, sob pena de produzir um permanente "estado de anticonvencionalidade".

Em suma, a compensação penal pode ser manejada pelos tribunais locais com o controle de convencionalidade, em conformidade com o disposto nos arts. 1º, 2º, 5.1, 5.2, 7.3 e 9º da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) e arts. 2.1, 2.2, 7º, 9.1, 9.5 e 10.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

2.3. Fundamentos legais

O primeiro fundamento legal da compensação penal ou *in natura* advém do disposto no art. 185 da Lei de Execução Penal, segundo o qual haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares. Considerando que Lei de Execução Penal aplica-se igualmente ao preso provisório e ao condenado (art. 2º, parágrafo único) e considerando que a privação de outros direitos, além da liberdade locomotora, proporciona desvio qualitativo (desvio de execução) – tornando a pena (ou prisão) executada uma pena (ou prisão) nova, distinta da formalmente aplicada, a compensação penal serve para que o Poder Judiciário ajuste a dimensão aritmética da pena às condições qualitativas de aprisionamento, reparando casos de desvio executivo.

Legalmente, há que se considerar ainda que a compensação decorre do poder-dever do Juízo da Execução no sentido de inspecionar mensalmente os estabelecimentos penais (art. 66, VII, da LEP) e zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI, da LEP), impedindo práticas atentatórias aos direitos humanos das pessoas presas, cautelares ou definitivas. Compensar penalmente o sofrimento de reprimendas, ou prisões abusivas constatadas, é zelar pelo correto cumprimento da pena.

2.4. Fundamentos principiológicos

O derradeiro alicerce jurídico da compensação penal advém dos princípios penais. Ainda que a compensação penal não tivesse respaldo legal – como efetivamente tem –, seria possível sua aplicação com base em outras fontes formais mediatas, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Esses últimos,

em particular, possuem grande aplicabilidade na tarefa de fundamentação da compensação penal.

A Lei de Execução Penal estabelece que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º), norma esta também encontrada no Código Penal, ao prever que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade (art. 38). Além de conexas aos conceitos de excesso e desvio de execução, as normas contidas nos arts. 3º da LEP e 38 do CP são derivações lógicas dos princípios da legalidade (estrita), proporcionalidade (entre delito e pena) e *ne bis in idem* (vedação de dupla punição oriunda do mesmo fato delitivo).

Não é sem propósito que a Exposição de Motivos da LEP identifica a norma do art. 3º como "proclamação formal de garantia, que ilumina todo o procedimento da execução" (item 66), dispondo que "o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal" (item 19) e, ainda, estabelecendo que "é comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia" (item 20).

Com estas premissas, é possível então perceber que sanções ou restrições, não relacionadas necessariamente com a perda da liberdade ambulatorial, ostentam verdadeiro caráter de condenações penais acessórias *extra decisum* e *extra legem*, provocando ruptura da legalidade, dupla punição e desproporcionalidade entre o evento delitivo e a dor catalisada pela pena, entre os contornos legais abstratos da pena e o contexto concreto da sua aplicação e execução[17]. A compensação penal, afirmando-se a partir do resgate hermenêutico e discursivo desses princípios, se apresenta então como instrumento de reparação dos casos de ilegalidade, dupla punição e desproporcionalidade.

Por outro lado, a aplicação aos fatos anteriores de lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente (princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica – art. 2º, parágrafo único, do CP), demonstra que a privação da liberdade pode sofrer alterações fáticas posteriores que afetem a própria pretensão punitiva ou executória do Estado. Nessa mesma lógica, toda e qualquer va-

17. Nesse contexto, cf. GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

riação negativa de qualidade sofrida pela privação de liberdade ou pela pena durante seus cursos deve ser devidamente compensada e ajustada pelo Poder Judiciário, mesmo porque não se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito (art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos).

A compensação penal ou *in natura* é amparada também pelo princípio *pro homine*, considerando que diante de outras modalidades de reparação, impõe-se privilegiar a interpretação legal (e o instrumento jurídico) que mais direitos proporcione ao ser humano frente ao poder estatal. É igualmente consectária do princípio da humanidade, pois se reveste de compromisso constitucional e convencional de combate ao tratamento desumano ou degradante.

A compensação penal é ainda expressão do princípio da "irracionalidade mínima", uma vez que compensar penalmente o sofrimento existencial significa contribuir para que a privação da liberdade seja conduzida a um estágio de mínima irracionalidade punitiva.

Os princípios da boa-fé e da superioridade ética do Estado também alicerçam a ideia de compensação penal, considerando em primeiro lugar, que a "promessa" legal de proporcionalidade abstrata e humanidade da pena não pode ser rompida pela desproporcionalidade concreta ou desumanidade de seu cumprimento; em segundo lugar, que nenhuma subtração ilegal de tempo existencial (vivencial) de um ser humano – seja a que título for – pode ser em vão; em terceiro lugar, que o Estado jamais pode se locupletar (com a pretensa satisfação de propósitos retributivos ou preventivos) às custas da dignidade humana.

A *ratio* da compensação penal decorre umbilicalmente do princípio da menor onerosidade da prisão ou da execução penal[18], alcançado por analogia ao princípio da menor onerosidade ao devedor, contido no art. 805 do Código de Processo Civil: "Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado". De fato, se a pena de prisão e a execução penal devem ser as menos onerosas possíveis, todo ato comissivo ou omissivo do Estado que, porventura, vier a causar maior onerosidade ao indivíduo deve ser devidamente compensado.

O princípio da intervenção mínima também sustenta a compensação penal, considerando que se o direito penal é de fato a *ultima ratio* e a privação

18. Em defesa do princípio da menor onerosidade no cumprimento da pena, cf. SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal:* novos rumos, novos paradigmas. Manaus: Editora Aufiero, 2012, p. 116.

da liberdade a medida de último recurso e pelo tempo mais breve possível, a compensação pela via penal ou *in natura* deve ser consequentemente a *prima ratio* em matéria de reparação de arbitrariedades.

Por fim, a ideia de compensação penal também importa na reformulação hermenêutica e discursiva do princípio da individualização da pena. Nessa nova formulação, individualizar a pena na execução significa considerar a acumulação (incorporação) de privações, ilegalidades e frustrações de expectativas sofridas pelas pessoas presas, circunstâncias estas que conduzem à antecipação obrigatória e proporcional do tempo linear, inicialmente imposto na sentença penal condenatória.

3. Bases doutrinárias da compensação penal por penas ou prisões abusivas

A compensação penal por penas ou prisões abusivas encontra guarida na doutrina mais moderna.

Segundo Pablo Vacani, se a medida da pena é a expressão em um tempo-valor que supõe a privação da liberdade como "contraprestação" da ofensa ao delito, este valor também deve estar sujeito ao conteúdo do poder punitivo concretamente aplicado/sofrido, com o objetivo de fazer quantificável e compensável, na quantidade de pena, o excesso punitivo, evitando assim a dupla punição. Para o autor, qualquer dado da realidade que se tome é capaz de confirmar que o tempo de prisão não é simples privação de liberdade, nem tampouco é produto da duração cronológica do encarceramento, o que nos obriga a erradicar a prática judicial que concebe a quantificação do tempo de prisão como um exercício instrumental que somente tem por objeto contar prazos. Pelo contrário, é necessário interrogar essa trajetória temporal na prisão, levantar a pergunta no tocante a quais foram as condições materiais de encarceramento, e valorar, em uma nova "medida de tempo", esse excesso de poder punitivo aplicado[19]. De fato, a compensação penal decorre fundamentalmente do excesso de punição que a privação de outros direitos, além da liberdade ambulatorial, proporciona na prática da execução penal[20].

19. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et all*. *La medida del castigo*. El deber de compensacion por penas ilegales. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 18-19.

20. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria Crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 554.

Ana Messuti[21], por sua vez, recorda que o tempo que o ser humano transcorre privado de sua liberdade não pode ser equiparado a nenhum outro, sendo certo que no cárcere se combinam tempo e espaço, e a interseção desses elementos é o que marca o início de uma duração distinta, de um período qualitativamente diferente, que em nada se parece com o tempo social, o tempo comum[22].

Máximo Lanusse Noguera afirma que o método meramente quantitativo de mensuração da pena torna-se necessariamente violento, pois deixa relegada a pessoa vivente e sua experiência existencial, experiência esta significada, reduzida e falseada, por categorias abstratas que se situam em uma dimensão meramente discursiva – legalista – e autorreferente. Assim, sustenta o autor,

> "convertimos a las personas en cosas sujetas a medida, recortadas en sus dimensiones para efectuar la operación favorita de la modernidad: el cálculo. En síntesis, son instrumentalizadas en función del sostenimiento de un discurso" [23].

21. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.
22. De fato nos orientamos fundamentalmente pelos vetores espaço e tempo. E o cárcere, mais do que outros meios, é meticulosamente orientado por eles. Com essas dimensões em mente, é possível ver com clareza que o princípio do *numerus clausus* (cada nova entrada no âmbito do sistema penitenciário deve necessariamente corresponder à saída de no mínimo outra pessoa presa) está para o espaço, assim como o princípio da compensação penal está para o tempo. Se cada nova entrada no âmbito do sistema penitenciário deve necessariamente corresponder à saída de no mínimo outra pessoa presa, de modo que a proporção de presos se mantenha sempre idêntica, ou preferencialmente em redução (*numerus clausus* – dimensão espacial), por cada dia de encarceramento em condições de ilegalidade deve ser descontado no mínimo um dia de pena (compensação penal por penas ou prisões abusivas – dimensão temporal). Importante recordar que a incidência de uma das dimensões não exclui a outra. É perfeitamente possível a aplicação do *numerus clausus* concomitantemente à compensação penal. Ambos os institutos (ou princípios) corretores podem ser simultaneamente aplicados, promovendo, por exemplo, a soltura e a redução da pena da pessoa presa que tenha suportado condição de superlotação. Sobre o princípio do *numerus clausus*, cf. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. *Revista Liberdades* (publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). n. 15, p. 104-120. São Paulo, jan.-abr. 2014.
23. NOGUERA, Máximo Lanusse. La clandestinidad y el olvido de nuestro presente. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena*. Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013, p. 10.

Diante da necessidade de definir o tempo de prisão de uma forma não linear, mas existencial (qualitativamente), a partir das diversas formas de tratamento arbitrário sofrido pelas pessoas presas, Eugenio Raúl Zaffaroni e outros pesquisadores definiram tratamento arbitrário por meio de três categorias: a primeira seria a violência estrutural (sistema de condições materiais da prisão que diferenciam as formas de tratamento e distribuição regular dos recursos). A segunda categoria seria a violência ativa (as formas de sujeição que, por meio de força física, regulam as demandas do encarceramento não só traduzível na tortura, mas em um amplo sistema de práticas que a dimensionam). E a última categoriade caracterização do tratamento arbitrário seria a violência interna (que traduz as formas operacionais da violência na delegação do controle para outros prisioneiros com influência sobre o resto, adquirindo componente simbólico na estruturação de novas formas de governabilidade carcerária)[24].

Com estes conceitos em mente, Zaffaroni afirma que não é só no tempo cronológico que se deve fixar um limite para o poder punitivo através da sua mensuração na sentença, mas qualitativamente na sua execução. Se a qualidade da execução penal traduzir um castigo mais gravoso, a pena deve ser objeto de redução compensatória, ou, nas hipóteses de intensa desproporcionalidade e dupla punição, inclusive, deve produzir o cancelamento punitivo[25].

Zaffaroni acrescenta que a tortura e os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, impostos por agentes estatais a uma pessoa em razão da comissão de um delito, seja como castigo ilegal, seja como meio ilegal de obter provas, são penas. Sendo penas, devem compensar-se com as penas legais impostas pelo mesmo delito, ou com a que a pessoa já venha sofrendo por esse fato[26].

Por sua vez, em parecer acostado à Ação de Descumprimento de Preceito fundamental n. 347, Juarez Tavares salientou:

> 75. Em suma, impõe-se reconhecer que o valor máximo de imputação de culpa somente pode se dar em decorrência direta do desvalor do injusto, ou seja, da extensão da lesão ao bem jurídico e do grau de autonomia do indiví-

24. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena*. Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013, p. 4.

25. *Ibidem*, p. 5.

26. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las penas crueles y la doble punición. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La medida del castigo*. El deber de compensación por penas ilegales. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 358; 365.

duo. Em outras palavras, não é admissível que o valor concreto da afirmação da culpabilidade ultrapasse o desvalor resultante da ação típica e ilícita.

76. Por outro lado, tal valor máximo não pode ser tomado de maneira definitiva, uma vez que, em desfavor do sentenciado, concorrem características estruturais de funcionamento do sistema de justiça criminal e, cumulativamente, podem igualmente ser considerados propósitos preventivos (sempre) minimizadores da punição.

(...)

78. Nesse sentido, agregar em tal equação as condições concretas de cumprimento da pena corresponde a um legítimo confronto empírico das categorias doutrinárias tradicionais. Para tanto, pode-se valer de duas considerações, ou estratégias teóricas, as quais, em suma, resultam em uma mesma conclusão.

79. A primeira estratégia corresponde à apartação de dois conceitos de pena: uma 'pena ficta' – isto é, tal como cominada abstratamente ou traduzida em concreto pelo Poder Judiciário – e uma 'pena real'.

80. A pena ficta, conforme se pode inferir, possui um valor numérico, o qual reflete, primariamente, um valor abstrato decorrente da avaliação discricionária do Poder Legislativo e, secundariamente, uma medida da intensidade lesiva – na melhor das hipóteses – da conduta realizada.

81. Em se considerando, no entanto, que a prática penitenciária não pode agregar ao sentenciado um sofrimento maior do que a própria privação de liberdade representa, não se mostra crível, na quadra atual de desmantelo do sistema carcerário brasileiro, considerar que o valor nominal da pena guarda plena correspondência com a realidade. O discurso jurídico-penal, para legitimar-se, deve ser confrontado empiricamente. Assumir, portanto, que a pena aplicada em concreto, ou cominada em abstrato, possui um caráter aflitivo intrínseco, a priori, corresponderia ao reconhecimento implícito de que, com a pena criminal, se lesiona, exclusiva e simplesmente, a liberdade do sentenciado, o que, evidentemente, é uma afirmação falsa.

82. Note-se: o cumprimento de dez anos de pena em regime fechado, nas condições descritas na primeira seção deste parecer, pode ser equiparado à prisão em estabelecimento adequado pelo mesmo período de tempo? É inequívoco que o caráter aflitivo de ambas as situações hipotéticas é empiricamente distinto, dado de realidade esse que deve ser incorporado pelo discurso jurídico-penal, sob o risco de se perpetuar a ilegitimidade de sua reprodução.

83. Assim, vale reconhecer a existência de um outro conceito de punição, isto é, a pena real. Tal conceito deve assimilar realisticamente as condições locais de cumprimento da privação de liberdade, tais quais a superlotação, as deficiências infraestruturais, a escassez de recursos, a falta de pessoal

> especializado, etc. Esse reconhecimento, pois, implica um necessário redimensionamento do valor nominal da pena, ou seja, uma redução proporcional desse valor, de forma a equiparar a aflição ficta à aflição real.

Como se vê, as ponderações doutrinárias acima não apenas reforçam a necessidade de compensação penal, como refletem a tendência de definitiva abertura dogmática ao realismo jurídico-penal, entrelaçando categorias doutrinárias e dados da realidade.

4. Precedentes jurisprudenciais da compensação penal por penas ou prisões abusivas

Além de contar com sólida sustentação doutrinária, a ideia de compensação penal por penas ou prisões abusivas também pode ser extraída de sucessivos precedentes jurisprudenciais internacionais.

Na Austrália, na causa *R v Rose*, julgada em 22.09.2004, a Corte de Apelação Criminal de New South Wales entendeu que quatro meses de custódia protetiva (aquela destinada a isolar e resguardar a integridade física de informantes, policiais, agentes penitenciários, membros da justiça e acusados de violência sexual infantil), em razão de seu rigoroso regime de isolamento, equivalem a seis meses de tempo normal de prisão, fórmula esta que já fora adotada no caso *R v Patison*, em 2003[27].

Outros exemplos australianos de redução da pena por condições severas são as causas *Director of Public Prosecutions (Vic) v Faure* (em que se reconheceu que condições prisionais de isolamento – *lock-down* – são mitigatórias da pena, e que o desconto deveria resultar em "significante redução" na sentença) e *Tognolini v The Queen* [n. 2] (em que se reconheceu a compensação pelo fato de o preso ter sido obrigado ao confinamento de 20 a 22 horas por dia e sem direito a contato com outros prisioneiros)[28]. A título de ilustração das formas de compensação penal na Austrália, regulamentos prisionais na região de *Victoria* chegam a proporcionar entre quatro e 14 dias de redução na sentença para cada dia em que o prisioneiro esteja submetido a condições de isolamento por circunstâncias além de seu controle, tais como ações industriais na prisão ou situações emergenciais[29].

---

27. BAGARIC, Mirko; EDNEY, Richard; ALEXANDER, Theo. (Particularly) burdensome prison time should reduce imprisonment length – and not merely in theory. *Melbourne University Law Review*. Austrália, v. 38, 2014, p. 416.

28. *Ibidem*, p. 421.

29. *Ibidem*, p. 433.

Nos Estados Unidos, em 08.04.2009, com fundamento na proibição de penas cruéis (8ª emenda da Constituição Americana) e com a constatação de que a superlotação carcerária afeta colateralmente a saúde das pessoas presas (produz péssimas condições sanitárias e carência de assistência médica), uma Corte Federal (*Three Judges Court*) da Califórnia, nas causas correlatas *Coleman v. Brown* e *Plata v. Brown*, intimou o Estado a apresentar ao mesmo tribunal um plano de redução da população carcerária da ordem de um terço (cerca de 46.000 presos), decisão esta confirmada em 23.05.2011 pela Suprema Corte dos Estados Unidos[30] e cuja necessidade de integral cumprimento vem até hoje orientando a pauta político-criminal naquele Estado.

Na Alemanha, em 22.02.2011, julgando o caso de um preso mantido 151 dias confinado por 23 das 24 horas do dia em uma cela de 8 m², em companhia de outros presos, sem qualquer divisória entre sanitário e leito, o Tribunal Constitucional Federal chegou a cogitar que se o estado de reclusão é desumano e as formas de solução se revelarem irrealizáveis, a execução deveria ser interrompida, por força do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o Tribunal, a tutela da dignidade humana é pressuposto irrenunciável de toda e qualquer detenção, até mesmo a ponto de ensejar a interrupção da execução penal (Sentença 1 BvR 409/09, do Tribunal Constitucional Federal – *Bundesverfassungsgericht* – da Alemanha). Em 07.11.2011, o Tribunal Constitucional Federal Alemão voltou a enfrentar situação semelhante (Sentença 1 BvR 1403/09), deixando aberta a possibilidade de se valer desta forma de compensação penal.

A compensação penal ou *in natura* também já foi contemplada na Espanha, notadamente na *sentencia n.* 57/2008 da *Sala Segunda* do Tribunal Supremo da Espanha, que estabeleceu a chamada *doutrina do duplo cômputo penal* ou *doutrina do duplo cômputo das penas*.

Baseado no amparo do direito fundamental à liberdade (art. 17.1 da Constituição Espanhola) e na interpretação dada à redação anterior do art. 58.1 do Código Penal Espanhol ("el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada"), o Tribunal Supremo da Espanha reconheceu a possibilidade de duplo abono do período de prisão preventiva por aqueles que se encontravam privados de liberdade como cautelares em determinado processo, ao mesmo tempo em que cumpriam outra condenação. Isso porque aqueles que se encontravam com causas

30. Disponível em: [www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/09-1233.htm]. Acesso em: 13.10.16.

pendentes em situação de prisão provisional não poderiam fazer jus a determinados direitos da execução penal (*régimen de semilibertad*, *permisos*, *libertad condicional*), segundo a normativa espanhola (arts. 23.3, 29.2, 104, 154, 159, 161 e 192 do Regulamento Penitenciário).

Na *sentencia n. 57/2008*, a Sala Segunda do Tribunal Supremo da Espanha salientou:

> En efecto, dijimos entonces y hemos de reiterar ahora que la prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia, de forma que no es en modo alguno una especie de pena anticipada. Abundando en esta línea añadíamos que la distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal. Y concluíamos afirmando, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que: del hecho de que el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar[31].

Com base nessas premissas, o Tribunal Supremo da Espanha então concluiu que

> La situación de coincidencia entre la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o pena impuestas en la misma causa (art. 58.1 CP), lo que desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites permite entender que, si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP,

31. Decisão disponível em: [http://tc.vlex.es/vid/2003-38660774]. Acesso em: 20.10.2016.

> y, en concreto, [no hubo previsto] el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo[32].

Partindo do precedente estabelecido na *sentencia n.* 57/2008, que admitira o duplo cômputo, o Tribunal Supremo da Espanha – na *sentencia n.* 397/2013 (*Sala segunda, de lo Penal*) – voltou a permitir que a prisão cautelar sofrida por um indivíduo, entre 2007 e 2008 (sob a égide da redação anterior do art. 58.1 do Código Penal Espanhol), fosse abonada no momento de sua execução, apesar de coincidir com o cumprimento de outra pena. Estabeleceu assim um princípio vicarial entre uma medida cautelar privativa de liberdade e uma pena em cumprimento coincidente[33].

Houve em ambos os precedentes espanhóis uma clara compensação penal (*in natura*) realizada pelo Tribunal Supremo. Se a coincidente situação de preso cautelar e de condenado impedia o acesso do indivíduo a determinados direitos na execução penal, em prejuízo do direito fundamental à liberdade (art. 17.1 da Constituição Espanhola), este deveria ser compensado com o duplo cômputo da prisão cautelar (no momento da execução penal desta prisão cautelar e na execução da outra reprimenda).

Na Itália, sob o fundamento de que alguns presos estavam sendo expostos a tratamento desumano e degradante, por cumprirem pena em espaço pessoal inferior a 3 m², o *Tribunale di Sorveglianza* de Veneza, por meio da sentença (*ordinanza*) n. 427, de 13.02.2013, determinou a suspensão da execução penal dos requerentes. Para o referido tribunal, somente a suspensão da execução da pena seria capaz de restabelecer uma condição de legalidade da execução no caso concreto. O mesmo Tribunal enfatizou que a pena é legal somente se não consiste em tratamento contrário ao senso de humanidade, de tal forma que pena inumana é "não pena" e, por isso, deve ser suspensa ou diferida em todos os casos nos quais se coloca em condições de tal forma degradantes, a ponto de não garantir o respeito da dignidade do condenado.

A Corte Europeia de Direitos Humanos vem reiteradamente entendendo pela possibilidade de reparação civil por tratamento desumano ou degradante e, particularmente no julgamento da causa *Torreggiani e outros v. Itália*

32. *Idem*.

33. O art. 58.1 do Código Penal espanhol foi modificado pela *Ley Orgánica* 5/2010, passando a prever que "(...) En ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa", modificação esta que esvaziou a "doutrina do duplo cômputo penal" ou "doutrina do duplo cômputo das penas".

(08.01.2013), deixou subentendido que qualquer pena que produza o sacrifício de outros direitos fundamentais, além do que previamente determinado, torna-se desumana e, portanto, ilegal a sua execução[34].

De modo a cumprir a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos na causa *Torreggiani*, a Itália passou a adotar diversas medidas para a reforma do sistema prisional, notadamente com a edição sucessiva dos Decretos-Leis chamados S*vuota carceri*. No que tange à compensação penal por prisão abusiva, o *Decreto Legge* n. 92/2014, convertido na Lei n. 117, de 11.08.2014, criou o *Articolo 35-ter* da Lei n. 354/1975, estabelecendo que os presos que sofreram tratamento contrário à Convenção Europeia de Direitos Humanos, por tempo igual ou superior a 15 dias, possuem direito – a título de ressarcimento – a uma redução da pena detentiva ainda por cumprir na proporção de um dia por cada dez dias, durante os quais sofreu os danos[35]. Quando o período de pena ainda por cumprir é tal que não permita a detração de toda a medida percentual, ou quando o período de detenção em condições contrárias à Convenção Europeia de Direitos Humanos for inferior a 15 dias, o juiz de fiscalização da execução penal (*magistrato di sorveglianza*) liquidará ao Requerente uma soma de dinheiro equivalente a oito euros por cada dia de sofrimento do dano[36].

---

34. Nesse sentido, cf. PAVARINI, Massimo. Vivere in meno di 3 metri quadrati. Quando la pena carceraria è disumana e degradante. Disponível em: [www.ristretti.it/commenti/2013/ marzo/pdf/articolo_pavarini.pdf]. Acesso em: 30.09.2016.

35. No julgamento da causa *Rodon Rexhepi v. Italia* (petição n. 47180/10), a Corte Europeia de Direitos Humanos (parágrafo 59) elogiou a compensação penal realizada pela Itália, entendendo que a mesma fornece uma reparação adequada em caso de precárias condições materiais de detenção, na medida em que, de um lado, é explicitamente concedida para reparar a violação do artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e, por outro lado, o seu impacto sobre o *quantum* da pena é mensurável. Além disso, segundo a Corte, esta forma de reparação apresenta a vantagem inegável de contribuir para resolver o problema da superlotação, acelerando a saída da prisão de pessoas detidas. Decisão disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146889#{"itemid":["001-146889"]}]. Acesso em: 15.10.2016. Em 16.09.2014, no julgamento da causa *Stella v. Italia,* a Corte voltou a fazer um juízo amplamente positivo sobre a admissibilidade e efetividade da compensação penal. Decisão disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"docname":["stella"],"itemid":["001-146873"]}]. Acesso em: 15.10.2016.

36. Sobre o tema, cf. DEGANELLO, Mario. I rimedi risarcitori. *In:* CAPRIOLI, Francesco; SCOMPARIN, Laura (orgs.). *Sovraffollamento carcerário e diritti dei detenuti*. Le recenti riforme in materia di esecuzione dela pena. Torino: Giappichelli, 2015, p. 257-282; ARDITA, Sebastiano; DEGL´INNOCENTI, Leonardo; FALDI, Francesco. *Diritto Penitenziario*. 3. ed. Roma: Laurus Robuffo, 2016, p. 339-357; GORI, Pierpaolo.

Afirmando a possibilidade de compensação penal, a Suprema Corte de Israel, em 2013, diminuiu em 1/3 (de 15 para 10 meses) a pena de prisão pelo delito de roubo imposta a uma transexual, obrigada a permanecer em regime de isolamento como forma de proteção diante de ameaças proferidas por outros prisioneiros. A Suprema Corte israelense entendeu, enfim, que as condições impostas à transexual eram especialmente severas a ponto de justificarem o abrandamento da pena em sede de execução penal[37].

No Canadá, salvo em caso de prisão perpétua, as disposições legislativas não levam em conta, para fins de livramento condicional ou outros benefícios, o tempo cumprido antes da sentença penal, circunstância esta que pode resultar em maior tempo de encarceramento dos réus que tiveram negada a fiança. Diante disso, o art. 719,3 do Código Penal Canadense dispõe que na determinação da pena a ser imposta, as cortes devem levar em conta todo o tempo cumprido em custódia, devendo limitar a detração (crédito) por tal tempo ao máximo de um dia por cada dia passado em custódia. Nessa perspectiva, por exemplo, dez meses de prisão antes da sentença importam no desconto de dez meses no momento da aplicação da pena.

No entanto, se as circunstâncias justificarem, a detração poderá alcançar até um dia e meio de desconto por cada dia passado em custódia (art. 719, 3.1, do Código Penal Canadense), salvo se a custódia tiver sido mantida por indeferimento da fiança (em virtude de condenação anterior), ou nos casos em que o réu tiver violado as condições da fiança ou cometido uma infração grave, enquanto sob fiança.

Levando em conta que o tempo cumprido antes da sentença penal é em regra desprezado para fins de livramento condicional e outros direitos, e considerando que os centros de detenção locais – além de superlotados, com maior rotatividade e mais perigosos – normalmente não asseguram programas educa-

Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione. Disponível em: [www.questionegiustizia.it/articolo/art_3-cedu-e-risarcimento-da-inumana-detenzione_02-10-2014.php]. Acesso em: 15.10.2016. MARTUFI, Adriano. La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/-/3421-la_corte_edu_dichiara_irricevibili_i_ricorsi_presentati_dai_detenuti_italiani_per_violazione_dell_art__3_cedu_senza_il_previo_esperimento_dei_rimedi_ad_hoc_introdotti_dal_legislatore_italiano_per_fronteggiare_il_sovraffollamento/]. Acesso em: 15.10.2016.

37. Disponível em: [www.haaretz.com/news/national/.premium-1.546826]. Acesso em: 30.09.2016.

cionais, reciclagem ou reinserção social aos acusados que aguardam a sentença, fazendo com que a custódia "pré-sentença" seja mais onerosa do que a prisão em estabelecimentos de presos condenados, a Suprema Corte do Canadá, no caso *R. v. Summers* (SCC 26, n. 35339), julgado em 11.04.2014, entendeu que considerar um dia de custódia pré-sentença como um dia de pena a descontar é insuficiente para compensar tanto a impossibilidade de acesso mais rápido ao livramento condicional e outros direitos (circunstâncias de ordem quantitativa), quanto o maior rigor das condições dos centros de detenção locais, se comparados com os estabelecimentos "pós-sentenciais" (circunstâncias de ordem qualitativa). A Suprema Corte entendeu então admissível, nessas hipóteses, a detração compensatória (quantitativa e qualitativa) de um dia e maio por cada dia passado em custódia, nos termos do art. 719, 3.1, do Código Penal Canadense[38].

A compensação penal por prisão abusiva também já foi reconhecida na Argentina, em diversos julgados.

No caso *Beisaga* (causa n. 44.029), julgado em 19.12.2011, a Sala I do *Tribunal de Casación Penal* de Buenos Aires acolheu o pedido defensivo de unificar, na pena em curso, outra pena já esgotada no momento do pedido defensivo, reprimenda esta em que o acusado fora submetido a encarceramento arbitrário, considerando que houve redução do *quantum* penal em sede recursal, mas o condenado já havia cumprido muito mais tempo do que o legalmente admitido.

O Tribunal entendeu que, embora inviável a unificação das sentenças, seria factível a unificação dos cômputos dos tempos, de modo a transferir o sofrimento experimentado com um encarceramento indevido – ainda que com condenação transitada em julgado – para evitar outro sofrimento na causa posterior, em que também se ergue a autoridade da coisa julgada. O voto de um dos julgadores deixou claro que a falta de expressa previsão legal da unificação dos períodos de encarceramento pelo ordenamento argentino (tal como se dá no processo penal italiano) pode e deve ser suprida pelo ativismo judicial[39].

Em caso relativamente semelhante ao *Beisaga*, a Sala I do *Tribunal de Casación Penal* de Buenos Aires, em 26.02.2013, no julgamento do *habeas corpus*

38. Disponível em: [https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13586/index.do]. Acesso em: 15.10.2016.

39. Argumentos e soluções semelhantes também foram dados pela Sala I do Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires no julgamento do caso "Ramírez López" (causa n. 49.286 e 55.535), em 18.02.2013.

n. 56.138 (caso *Saldías, Fernando Ariel*), decidiu descontar da pena atual do condenado todo o tempo de encarceramento sofrido arbitrariamente em um processo penal anterior, no qual sua pena foi drasticamente reduzida em sede recursal, mas o sentenciado já havia sido privado de sua liberdade por mais tempo que o devido.

Embora os dois processos não guardassem qualquer relação entre si, o Tribunal entendeu que o desprezo deste tempo vivencial do condenado importaria em dupla punição. Refutando a tese do juízo *a quo* no sentido de que somente poderia haver indenização pecuniária, por inexistir previsão legal para a compensação em tempo vivencial, o *Tribunal de Casación Penal* salientou que, atendendo à índole da lesão, nada impede que seja também avaliável a compensação de maior valor, qual seja, o tempo vivencial, toda vez que for colocado em cheque – como neste caso –, o prazo razoável de detenção preventiva, nos termos do artigo 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, e artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Na mesma decisão, o Tribunal salientou que em nome do princípio *pro homine*, não pode o Estado lançar mão da normativa interna (eventualmente carente da devida adequação) para interferir na plena operatividade dos direitos consagrados nos tratados internacionais[40].

Em 26.11.2011, a Sala I do Tribunal de Casación Penal realizou o julgamento do caso *Carbonell, Miguel Angel s/ Recurso de casación* (causa n. 29.803). O acusado foi julgado em um mesmo processo por diversos fatos delitivos, todos em concurso material. Por alguns dos fatos havia sido condenado e por outros absolvido. Carbonell sofrera encarceramento cautelar em muitos dos processos dos quais era acusado, incluindo aqueles em que foi absolvido. Ocorre que o Juízo da execução de San Nicolás entendeu por bem desconsiderar o tempo de prisão sofrido nos processos em que houve absolvição, somente computando o tempo de prisão daqueles que conduziram à condenação. Neste julgado, o Tribunal de Casación Penal entendeu que as prisões cautelares nos processos em que houve posterior absolvição causaram sofrimento irreparável ao acusado, surgindo o dever estatal de reparação. Julgou afinal procedente a soma de todos os tempos de prisão[41].

40. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar/.../fallos36680.pdf]. Acesso em: 11.10.2016.

41. Discutindo o caso, BERTERAME, Celina. La reparación mínima en tiempo vivencial por sufrimiento de prisión arbitraria. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena.* Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013, p. 58-59.

Em outro julgado, a *Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional* (sala 3), mediante decisão de 11.09.2015, reconhecendo que o apenado Brian Oscar Nuñez fora submetido a torturas em âmbito penitenciário durante condenação anterior, entendeu que tal razão era suficiente para reduzir a pena do acusado e ainda afastar a declaração de reincidência[42]. Cinco dias depois, analisando o pleito formulado pela defesa de Brian Oscar Nuñez, o *Tribunal Oral en lo Criminal* n. 27 da Capital Federal (causa n. 4264) concedeu-lhe a liberdade condicional, levando expressamente em consideração as torturas impostas por parte do Serviço Penitenciário[43].

No Brasil, exemplo notório de compensação penal foi ventilado pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do julgamento do HC 3.109-1/RJ, ocorrido em 28.03.1995, envolvendo a cúpula do "jogo do bicho" no Rio de Janeiro. Neste, a 6ª Turma do STJ decidiu que se antes da condenação o Estado impôs ao réu severas restrições ao direito de locomoção (não se ausentar da comarca, comparecer periodicamente ao Juízo, comparecer periodicamente perante a Juíza, aguardar em juízo até que fosse dispensado pela Juíza e assinar lista de presença), haveria de ser efetuada a detração desse lapso temporal, como forma razoável de compensação penal em face dos gravames consequentes do castigo antecipado.

Compreendendo que toda forma de cerceamento da liberdade – independentemente da intensidade da constrição – sofrida pelo réu em virtude do processo deve ser compensada com a detração, o referido julgado, capitaneado pelo voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, também fez alusão à ocorrência de erro judiciário, definindo-o não apenas como aquele decorrente de prisão sem justa causa, mas também decorrente de constrição sem razoabilidade. Nesse paradigmático julgado, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, enfim, que a reparação resultante de prisão ilegal deve consistir, em primeiro lugar, no relaxamento da prisão e, em segundo lugar, na compensação da prisão legal com o tempo da prisão ilegal.

Recentemente, o tema da compensação penal ou *in natura* também foi inserido na pauta jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 580.252/MS, com repercussão geral. Neste feito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de

42. Disponível em: [www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Fallo%20de%20la%20Camara%20Nacional%20de%20 Casacion%20Sala%20III_0.pdf]. Acesso em 11.10.2016.

43. Disponível em: [www.ppn.gov.ar/sites/default/files/fallo%20Brian%20Nu%C3%B1ez.pdf]. Acesso em 11.10.2016.

indenização a presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em estabelecimentos penais com condições degradantes.

Asseverando em seu voto que a reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à dignidade do detento, "tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser empregados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais", o Ministro Luís Roberto Barroso – seguindo a emergente tendência de compensação penal por penas ou prisões abusivas – apresentou proposta alternativa ao pagamento em pecúnia, julgando possível a reparação do dano por meio da remição de dias de pena cumpridos em condições degradantes, aplicando, por analogia, o artigo 126 da Lei de Execução Penal. Não havendo como aplicar a remição (por exemplo, pelo fato de o preso já ter cumprido integralmente sua pena, ou, no caso de preso provisório, se o mesmo tivesse se sujeitado a condições desumanas de encarceramento, mas fosse posteriormente absolvido), seria possível então a indenização por danos morais, em forma de pecúnia.

Na fundamentação de seu voto, o ministro salientou que:

> (…) a remição da pena nada mais é do que um dos diversos mecanismos possíveis de reparação específica ou *in natura* de lesões existenciais. O preso confinado em celas superlotadas, insalubres e sem mínimas condições de vida digna experimenta inevitavelmente uma diminuição mais acelerada de sua integridade física e moral e de sua saúde. O tempo de pena vivido pelo preso nessas condições é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Assim, ao abreviar a duração da pena, o remédio cumpre o papel de restituir ao detento o exato 'bem da vida' lesionado.

O ministro então propôs a seguinte tese de repercussão geral:

> O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.

Como se pode concluir dos julgados elencados, a solução reparatória pela via penal não é mero arremedo, mas uma tendência mundial que merece o devido aprofundamento jurídico.

5. Aplicação prática da compensação penal por penas ou prisões abusivas

Uma vez delimitados os marcos normativos, axiológicos, doutrinários e jurisprudenciais da compensação penal por penas ou prisões abusivas, resta investigar de que modo esta pode ser efetivada na prática. Alguns exemplos de compensação penal merecem destaque, o que por certo não esgota as incontáveis hipóteses de incidência prática.

5.1. Exemplos de compensação penal no processo de conhecimento

Conforme já salientado, a primeira e mais contundente solução para a compensação penal por atos arbitrários, superlotação ou condições ásperas, desumanas ou degradantes sofridas pelas pessoas presas é a renúncia à aplicação da pena ou à execução penal por parte do Estado. Se punibilidade é a possibilidade jurídica de se impor uma punição a alguém, e se prisões ou penas pautadas por atos arbitrários, superlotação ou condições desumanas ou degradantes são de fato ilegais ou antijurídicas, comprometidas estão as pretensões estatais punitiva e executória. A garantia estatal da privação da liberdade em condições dignas é uma condição objetiva (alheia ao fato delitivo e ao agente) de punibilidade. Não assegurada esta garantia, falecem as pretensões estatais punitiva e executória.

No âmbito do processo de conhecimento, em sintonia com o questionamento quanto à inexistência de condições objetivas da própria punibilidade, a compensação pela renúncia à pena pode se dar ainda com a ampliação interpretativa do instituto do perdão judicial (art. 107, IX, do CP), permitindo que o juiz deixe de aplicar a pena e extinga a punibilidade, por considerar que as consequências não só da infração, mas do próprio encarceramento (atos arbitrários, superlotação ou condições desumanas ou degradantes) atingiram o agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. Sendo o perdão judicial um instituto *favor rei,* é de se supor que sua interpretação, aplicação e extensão sejam as mais amplas possíveis, permitindo a correção político-criminal da desproporcionalidade causada pelo encarceramento ilegal ou abusivo.

Caso não entenda pela extinção da punibilidade e porventura opte pela opção condenatória, é perfeitamente possível que o magistrado proceda à ate-

nuação da pena por aplicação de circunstância genérica ou inominada (art. 66 do CP), uma vez que "(...) todo sufrimiento ilegítimo de prisión antes de una sentencia no sólo es computable sino también compensable en el ejercicio de la función judicial de individualización o cuantificación de la pena"[44].

Seu emprego representa, na verdade, uma forma legalmente admitida e legítima à disposição do juiz para que este aplique a compensação penal e minimize, na prática, os efeitos ilegais agregados à privação da liberdade.

A quantidade de redução penal genérica ou inominada não possui limitação legal, tendo em vista que o art. 66 não impõe qualquer restrição ao magistrado, estando este autorizado a empregar o *quantum* de redução que entender pertinente, no momento em que julgar oportuno e em todas as espécies delitivas (dolosas, omissivas ou culposas).

A atenuação genérica ou inominada da pena pode se dar por qualquer tipo de ilegalidade sofrida a partir da prisão, desde o sofrimento de violência física ou moral, superlotação ou condições ásperas, desumanas ou degradantes, até a ultrapassagem do prazo razoável de duração do processo[45]. Tais ilegalidades devem ser lidas como *atenuantes jurídico-constitucionais da pena*[46], advindas da

44. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 943.

45. Se a todos são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CRFB), e se toda pessoa presa, detida ou retida tem o direito de ser julgada em prazo razoável (art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos), não há como a violação do prazo razoável de duração do processo deixar de funcionar como atenuante inominada da pena. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró asseveram que "assumindo o caráter punitivo do tempo, não resta outra coisa ao juiz senão (além de elementar detração em caso de prisão cautelar) compensar a demora reduzindo a pena aplicada, pois parte da punição já foi efetivada pelo tempo. Para tanto, formalmente, deverá lançar mão da atenuante genérica do art. 66 do CP. É assumir o tempo do processo enquanto pena e que, portanto, deverá ser compensado na pena de prisão ao final aplicada". LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 124. A própria Corte Europeia de Direitos Humanos já se manifestou em diversos julgados que a violação da razoável duração do processo deve influir sobre o *quantum* da pena. Nesse sentido, Eckle v. Alemanha (15.07.1982, § 66), Beck v. Noruega (26.06.2001, n. 26390/95), Cocchiarella v. Itália (n. 64886/01, § 77), Menelaou v. Chipre (12.06.2008, n. 32071/04), Dzelili v. Alemanha (10.11.2005, n. 65745/01).

46. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena. Limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 243.

afetação, motivadas ou permitidas pelo Estado, de direitos fundamentais correlatos ao da liberdade (art. 5º, LXV, da Constituição da República de 1988 – CR). De fato, não basta o relaxamento da prisão do acusado para reparar o dano causado por uma detenção irregular e dessocializante. A diminuição de eventual pena serve como elemento efetivamente compensatório da violação ao direito fundamental da liberdade.

A título exemplificativo, diversas outras "atenuantes jurídico-constitucionais da pena" podem ser identificadas e aplicadas aos presos provisórios: a desassistência material, médica, jurídica, educacional, social e religiosa (violando-se tanto o direito previsto no art. 41, VII, da Lei de Execução Penal, quanto o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CR); a discriminação sexual dispensada à população carcerária LGBT (art. 5º, *caput*, da CR); a transgressão à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, da CR); a violação à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem (art. 5º, X, da CR); a devassa, por agentes do Estado, ao sigilo da correspondência, quando devidamente autorizado este direito (art. 5º, XII, da CR); a infração ao direito de propriedade, quanto a objetos não ilícitos (art. 5º, XXII, da CR); o não acesso ao direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, da CR); a submissão a juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, da CR); a não garantia de condições para que presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L, da CR) etc.

Ainda no rol de atenuantes jurídico-constitucionais, figuram a prática de atos atentatórios à dignidade de parentes do preso provisório (violando o princípio da intranscendência penal, tutelado pelo art. 5º, XLV, da CR); a sujeição do preso provisório a condições desumanas de encarceramento ou à superlotação, impondo-lhe tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CR); violação ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CR); a tentativa frustrada de utilização de provas ilícitas contra o réu (art. 5º, LVI, da CR); a postergação indevida ou o indeferimento ilegal da liberdade provisória pelo juízo processante, posteriormente corrigidos pelos Juízos superiores (art. 5º, LXVI); o não acesso do preso provisório ao direito de voto, por falta de estrutura do Estado (direito fundamental assegurado pelo art. 14 da CR e que não encontra a restrição imposta pelo art. 15 da CR); a imposição de qualquer espécie de incomunicabilidade ao preso provisório (vedada até mesmo na vigência de eventual estado de defesa, nos termos do art. 136, § 3º, IV, da CR).

As violações a outros direitos e garantias não expressos na Constituição, mas decorrentes de diplomas internacionais também devem ostentar a condi-

ção de atenuantes genéricas da pena, devendo ser especialmente lembrados os direitos enunciados na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, nas Regras Mínimas para o tratamento de reclusos da Organização das Nações Unidas (Regras de Mandela) e nas Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok). Quaisquer violações a esses diplomas internacionais são idôneas a ensejar a atenuação inominada da pena, posto que são circunstâncias relevantes, anteriores ou posteriores ao crime, ainda que não previstas expressamente em lei.

No estágio da sentença penal condenatória, além das atenuantes genéricas da pena, é possível identificar ainda outro exemplo de compensação penal por prisão abusiva. Se o juiz sentenciante tem por lei a obrigação de descontar da pena aplicada o tempo de prisão cautelar para fins de fixação do regime inicial (art. 387, § 2º, do CPP), e considerando que por força de lei compete ao juiz sentenciante decidir sobre a imposição de medida cautelar (seja ela nominada ou não), é de se concluir que o magistrado – ainda que não proceda à detração para fins de regime inicial – também está autorizado, por analogia, a determinar uma espécie de "progressão de regime cautelar" (colocação cautelar em regime mais brando) em favor do condenado que já houver cumprido o lapso temporal necessário à progressão de regime.

Na mesma linha redutora de danos, no momento da sentença, o Juízo de conhecimento poderá determinar cautelarmente a liberdade do sentenciado que já tiver alcançado o lapso temporal necessário ao livramento condicional ou indulto, ou mesmo conceder este último, valendo-se da competência autorizada pelos recentes Decretos Presidenciais de Indulto (Ex.: art. 11, § 6º, do Decreto 8.615/2015: "Fica facultada ao juiz do processo de conhecimento a declaração do indulto contemplado neste Decreto, na hipótese de pessoas condenadas primárias, desde que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público").

De qualquer modo, vale pontuar que carece de fundamentação a sentença penal condenatória que se atém à dosimetria meramente quantitativa ou estática da pena, deixando de considerar os dados reais da seletividade, a história de vida, o presente e o futuro do ser humano preso, e, sobretudo, as variações qualitativas da privação de liberdade cautelar (ocorrência de atos arbitrários, superlotação ou condições ásperas, desumanas ou degradantes).

Após a condenação, mas ainda durante o processo de conhecimento, pode também configurar violação do direito fundamental à liberdade o implemento do prazo para progressão de regime ou livramento condicional, sem que o

Estado assegure a fruição desses direitos. Também aqui não seria suficiente, para reparar o dano ao direito fundamental de liberdade, a tardia colocação do apenado em liberdade ou em regime de cumprimento de pena menos rigoroso. Somente a redução compensatória da pena em sede recursal serviria como elemento reparador da violação perpetrada.

Durante o processo de conhecimento, mas já sob o crivo das instâncias judiciais superiores, outras hipóteses de compensação penal podem ser ventiladas. Diante da ocorrência de encarceramento ou atos abusivos após a sentença condenatória, ou ainda, diante de expressiva redução da pena em sede recursal – forçando o réu a ficar encarcerado por mais tempo que o devido para o cumprimento dos prazos de progressão de regime, livramento condicional, indulto etc. –, deverá ser adotada a compensação penal na mesma proporção ou em proporção superior ao tempo ilegitimamente expropriado do condenado.

Idêntico raciocínio vale também nos casos de procedência de revisão criminal, cuja ocorrência demonstra o desacerto da decisão condenatória ou de sua dosimetria, e por isso deve ensejar a correspondente compensação penal, sempre que ainda viável (ex.: redução penal em processos criminais subsequentes).

5.2. Exemplos de compensação penal no processo de execução penal

Se por um lado a magnitude do delito praticado não varia conforme o decorrer do tempo, o desenvolvimento qualitativo da pena ao longo de sua execução pode ser substancialmente alterado, a ponto de produzir um estado de profunda desproporcionalidade superveniente e conduzir a pena a um estágio de intolerável irracionalidade[47].

Considerando que "a pena vive na execução"[48] e no intuito de evitar a intolerável irracionalidade da pena por desvio qualitativo, é possível vislumbrar diversas hipóteses de compensação penal no âmbito da execução da pena.

A primeira delas é a concessão de graça (art. 107, II, do CP e arts. 188 a 192 da LEP), que busca exatamente extinguir a punibilidade em atendimento a uma situação peculiar da pessoa condenada. A alteração qualitativa substancial da pena ao longo de sua execução, com a consequente produção de des-

47. Em sentido semelhante, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALEJANDRO, Alagia; ALEJANDRO, Slokar. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 1.064.

48. BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. 11. ed. Padova: Cedam, 1982, p. 806.

proporcionalidade, irracionalidade e sofrimento à pessoa presa, é, sem dúvida, circunstância motivadora de graça presidencial.

A segunda hipótese de compensação penal no âmbito da execução da pena é a concessão de indulto (arts. 107, II, do CP e 193 da LEP), por meio de expressa previsão no respectivo Decreto Presidencial[49]. Não se trata de divagação ou teratologia, pois já há expressas hipóteses de compensação penal nos recentes Decretos Presidenciais de indulto.

A primeira hipótese de compensação penal é o indulto em medida de segurança, beneficiando os indivíduos submetidos a longo tempo de internação. Buscando minorar os efeitos das medidas de medida de segurança, passou-se a entender pela possibilidade de indulto às pessoas submetidas a esta, independentemente da cessação da periculosidade que, até 25 de dezembro do ano de edição do decreto presidencial, tenham suportado privação da liberdade, internação, ou tratamento ambulatorial, por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição superveniente da pena por medida de segurança (art. 183 da LEP), por período igual ao remanescente da condenação cominada (ex.: art. 7, do Decreto 8.940/2016). Embora não se justifique em hipótese alguma a intervenção penal em um assunto de saúde mental, notadamente com o advento da Lei n. 10.216/2001[50], fato é que essa modalidade de indulto visa a impedir que pessoas submetidas a medidas de segurança (que não deixam de ser materialmente penas), especialmente por delitos de menor gravidade, permaneçam indefinidamente internadas em estabelecimentos de natureza penal. Em última análise, visa a compensar pessoas submetidas a medidas de segurança pelo evidente excesso de privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial.

Também a título de exemplo, no Decreto 8.615/2015 foi previsto indulto às pessoas condenadas à pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou subs-

49. O conteúdo do Decreto Presidencial é expressão da competência privativa conferida pela Constituição da República ao Presidente da República (art. 84, XII), que pode livremente estabelecer formas de compensação penal, não sendo sindicável pelo Poder Judiciário o mérito da reparação.

50. De fato, como adverte Pavarini, a psiquiatria não manicomial pode se encarregar plenamente do chamado "louco-criminoso", que se diferencia do sofredor psíquico por um único elemento "insignificante para a doença e a terapia", que é ter cometido um fato qualificado pelo sistema do direito penal como crime. PAVARINI, Massimo. Il folle che delinque: rapsodia sul margine. *Rivista Sperimentale di Freniatria*. v. 135, fasc. 3, Reggio Emilia, 2011, p. 152.

tituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25.12.2015, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes (art. 1º, XV, do Decreto 8.615/2015). Essa modalidade de indulto foi idealizada para compensar aquele indivíduo que tenha suportado certo tempo de prisão provisória (cujas características se assemelham ao regime fechado de cumprimento de pena), mas que, ao final, é condenado em regime aberto de pena ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou beneficiadas com a suspensão condicional da pena.

Outro exemplo de indulto é particularmente marcante. É cabível indulto às pessoas condenadas a pena privativa de liberdade que tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei n. 9.455, de 07.04.1997, com decisão transitada em julgado, praticada por agente público ou investido em função pública no curso do cumprimento da sua privação de liberdade (art. 6º, do Decreto 8.940/2016). Trata-se de importante instrumento compensatório daqueles que, por sofrerem tortura no curso do cumprimento da sua privação de liberdade, passam efetivamente a cumprir encarceramento ilegal, considerando que a afetação de outros direitos fundamentais, além da pura e simples liberdade, torna a prisão desumana e sua manutenção abusiva. De fato, não há qualquer sentido lógico, ético ou jurídico para a subsistência da execução da pena nesse caso.

Se não utilizado o indulto como mecanismo compensatório, mostra-se coerente e salutar ao menos a aplicação – sempre se valendo do instituto da analogia *in bonam partem* – de uma espécie de "redução compensatória" da pena privativa de liberdade (seja por meio da "detração compensatória" de prisões cautelares ilegais, da "remição compensatória", nos moldes da remição ficta, ou mesmo da "comutação compensatória", a livre critério da Presidência da República), de modo a diminuí-la proporcionalmente ao tempo ou à intensidade da afetação individual.

Sempre que o encarceramento tiver – e quase sempre tem – a capacidade de produzir ilegalidades, o tempo de prisão deve ser logicamente encurtado para frear a produção de ilegalidades. Trata-se de aplicar a aceleração compensatória da progressividade da pena, considerando que a proibição de penas desumanas ou degradantes não significa apenas a vedação de sua imposição, mas também de seu prolongamento.

No caso específico de sofrimento de inadequadas condições de higiene e salubridade, é também coerente sustentar a transposição para a execução penal dos critérios objetivos utilizados na Justiça do Trabalho, de modo a se reconhecer, por analogia, a antecipação da pena imposta na exata proporção

do percentual de insalubridade auferido pelos agentes penitenciários do local de cumprimento da pena[51], considerando que agentes e presos são sujeitos de direitos – pessoas na melhor acepção da palavra – e, como tais, merecem as correspondentes compensações pela submissão a condições insalubres.

Outro exemplo de compensação penal no âmbito da execução penal decorre do sofrimento de prisão provisória, imposta em outro processo criminal, tendo sido o réu, contudo, nele posteriormente absolvido. O Estado, nesse caso, é devedor de reparação ao réu por ter tolhido sua liberdade sem justa causa (e isso restou constatado com a declaração absolutória final) e utilizado o processo como mecanismo simbólico de prevenção geral e de satisfação social, ferindo a dignidade de um ser humano a partir de sua instrumentalização para a consecução de fins ilegítimos.

Há que se considerar que a Constituição da República, em razão da magnitude do *status libertatis* (art. 5º, XV), incluiu no elenco de direitos e garantias individuais a obrigação, por parte do Estado, de indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5º, LXXV), norma esta aplicável à hipótese de quem foi submetido à prisão no curso processual e posteriormente absolvido. Considerando que a correta exegese constitucional demanda que as normas protetivas de direitos humanos sejam interpretadas de forma ampliativa, a noção de erro judiciário deve ser identificada e entendida como toda e qualquer restrição

51. Nesse sentido, HENDRICH JÚNIOR, Witoldo. A insalubridade do ambiente carcerário como critério objetivo de cumprimento antecipado da pena. Disponível em: [www.portalcejur.rj.gov.br/]. Acesso em: 10.09.2016. Nesse mesmo contexto, vale ainda destacar que em seu voto no Recurso Extraordinário 580.252/MS, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu a remição da pena como meio indenizatório entendendo tratar-se "da mesma ratio adotada na concessão de aposentadoria especial a quem tenha trabalhado em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Nesses casos, por autorização constitucional expressa (arts. 40, § 4º, III, e 201, § 1º, CF), adotam-se critérios diferenciados para a contagem do tempo de contribuição, de modo que os segurados possam se aposentar mais cedo, afastando-se das atividades nocivas. A concessão do benefício previdenciário justifica-se exatamente pela presunção de que a exposição a agentes biológicos, físicos e químicos causa um desgaste maior a esses trabalhadores, de modo que, como já decidiu esta Corte, 'não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo'. O benefício configura, portanto, uma 'compensação legal', que se presta a reparar o segurado sujeito a condições laborais inadequadas. Como se vê, trata-se de lógica muito semelhante, se não idêntica, à da remição da pena como forma de compensar os danos morais sofridos pelos presos por condições degradantes de detenção".

sem justa causa ao direito à liberdade, exatamente o que se verifica na situação aqui analisada.

Logo, em consonância constitucional, o art. 42 do Código Penal e o art. 111 da LEP devem ser interpretados de modo que o tempo de prisão provisória, imposta em processo no qual o réu foi absolvido ou teve declarada a extinção da sua punibilidade, seja computado para a detração de pena imposta, ainda que em processo relativo a crime posteriormente cometido.

Realizando-se mais uma vez a interpretação *pro homine* (aplicabilidade, no caso concreto, da solução que mais amplia o gozo e o exercício de um direito, liberdade ou garantia) do art. 42 do Código Penal, é possível entender que este artigo não exige que o processo da pena a ser descontada seja o mesmo da prisão provisória, nem exige que a data do cometimento do crime pelo processo, onde se executará a detração, seja anterior ao período pleiteado. A redação do art. 42 se limita a dispor apenas que "computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior", sem contudo exigir a identidade de processos, ou qualquer relação de anterioridade ou concomitância[52]. Ainda que houvesse alguma limitação textual pelo art. 42 do CP, esta somente valeria se estivéssemos diante da imposição de pena legal ou constitucional (dentro dos limites de "irracionalidade mínima"), o que certamente não é o caso da expropriação arbitrária (ilegitimidade superveniente) do tempo existencial de alguém posteriormente absolvido, ou com extinção da sua punibilidade.

Em termos mais diretos, o Estado não pode se locupletar à custa da subtração de tempo existencial (vivencial) de um ser humano, sob pena de violação dos princípios da boa-fé, humanidade das penas e superioridade ética do Estado.

52. Nessa mesma lógica, é perfeitamente plausível tanto a detração entre processos de distintas esferas jurisdicionais (Justiça comum Estadual, comum Federal, Justiça Militar etc.), quanto a detração compensatória, nos processos em curso nos Juízos Criminais, do período de internação indevida determinada pelo Juizado da Infância, à época da menoridade do agente. Aqui, também estamos diante da expropriação arbitrária do tempo existencial de um ser humano e também se aplica o princípio *pro homine,* prevalecendo a solução que mais amplia o gozo e o exercício de um direito, liberdade ou garantia. Vale destacar que esta última detração já foi reconhecida na Argentina, em 04.11.2008, pelo Juízo Penal de Trelew, no caso "Uribe, Emanuel" (causa n. 506/08). Disponível em [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/07/fallos102.pdf]. Acesso em: 10.10.2016.

Ademais, não é lógico vedar a detração a uma pessoa presa e posteriormente absolvida (ou com extinção da sua punibilidade), se a mesma, caso condenada, certamente teria este período computado. A primeira hipótese trata da imposição de pena em sentido material, que deve sofrer o mesmo tratamento dispensado à pena em sentido formal. Solução contrária poderia conduzir à teratológica situação de uma absolvição ser prejudicial ao acusado.

Por todas estas razões, se o acusado vier a enfrentar novo processo, deve então ser adotada a detração compensatória[53], embora predomine o entendimento de que somente é admissível a detração do tempo de prisão processual se a data do cometimento do crime de que trata a execução for anterior ao período pleiteado, sob risco de se criar uma espécie de "crédito" contra a Justiça Criminal (princípio da "conta-corrente")[54]. Não se entendendo pela detração compensatória, resta a possibilidade de o magistrado da execução – imbuído pelo ativismo judicial e valendo-se da competência atribuída pelo art. 66, III, *a*, da LEP – proceder à unificação dos dois períodos de encarceramento para a determinação de uma pena total, como se dá, por exemplo, no art. 657 do Código de Processo Penal italiano.

Neste mesmo exemplo, não se entendendo pela detração compensatória ou pela unificação para a determinação de uma pena total, restaria então ao juiz –

53. No mesmo sentido, MARULL, Francisco Gabriel. *Compensación de penas:* Cortando camino entre el ser y el deber ser. Disponível em [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/27625-compensacion-penas-cortando-camino-entre-ser-y-deber-ser]. Acesso em 10.10.2016. Na jurisprudência argentina há diversos julgados reconhecendo a detração compensatória em casos semelhantes, a saber: causa "Figueroa, Jorge y otro psa de robo agravado tentado a comercio (carpeta 505, Legajo 3997)", *Jueza Penal de Trelew*, julgamento em 24.11.2008; causa n. 174/06 ("Carreras, Claudio s/trámite preso"), *Cámara Primera en lo Criminal de Chubut*, julgamento em 14.08.2009; causa n. 12.201 ("Petrissans, Diego Sebastián"), sala I da *Cámara Federal de Casación Penal*, julgamento em 02.11.2010; causa "Suarez, Guillermo Fabián s/recurso de casación", sala IV da *Cámara Federal de Casación Penal*, julgamento em 30.11.2010; causa n. 12.393 ("Rodríguez Sisti, Marcelo Adrián s/ Recurso de casación"), sala IV da *Cámara Federal de Casación Penal*, julgamento em 17.08.11; causa n. 133.463 ("Cáceres, Damián Jonathan"), *Juzgado Nacional de Ejecución Penal* n. 3, julgamento em 22.01.2013; causa n. 4884-0000 ("Villafañe, Lucas Damián"), Tribunal nº 1 de Necochea, julgamento em junho de 2013. Discutindo os referidos casos, BERTERAME, Celina. La reparación mínima en tiempo vivencial por sufrimiento de prisión arbitraria. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena*. Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013, p. 43.

54. STJ, HC 299060/RS, 5ª T., j. 24.05.2016; HC 261455/RS, 6ª T., j. 06.05.2014.

zelando pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI) – a aplicação da atenuante genérica ou inominada do art. 66 do CP, considerando que a vivência indevida de um período pretérito de encarceramento é circunstância relevante, anterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. Importante lembrar que, nesse caso, o desconto na nova pena deve se dar na exata proporção do encarceramento anterior (ou, na hipótese de não ter havido privação à liberdade, em proporção adequada à penalização sofrida pelo acusado em função do próprio enfrentamento do processo criminal).

Prosseguindo no rol de mecanismos reparatórios no âmbito da execução penal, se não utilizados o indulto e a "redução compensatória", seria possível pensar ainda, subsidiariamente, na suspensão do encarceramento. Nesse aspecto, não se pode olvidar que o cumprimento de pena em condições abusivas é pena desumana e, portanto, ilegal, fato este que deve ensejar, por analogia, o relaxamento constitucional da prisão (art. 5º, LXV, da CF, cujo alcance interpretativo deve ser ampliado). No entanto, para se evitar prejuízos ao acusado ou condenado, todo o período de liberdade oriundo do relaxamento deve ser detraído como tempo efetivo de cumprimento de pena[55].

Diversas são as possibilidades reparatórias, e algumas delas certamente variarão conforme o regime de cumprimento de pena.

No âmbito do regime fechado, além da "redução compensatória" da pena privativa de liberdade e da suspensão da execução, a violação de direitos pode ainda ser compensada com a antecipação proporcional da concessão da progressão ao regime semiaberto, com eventual colocação da pessoa presa em prisão domiciliar, ou ainda, com a antecipação do livramento condicional[56] (se mais favorável no caso concreto). Os prazos legais de concessão dos direitos da execução penal traduzem o máximo (não o mínimo) de tempo linear habilitante do poder executório estatal, sendo que o juiz da execução deve antecipar a concessão dos direitos tanto quanto for necessário para compensar o condenado pelo excesso de punição que a privação de outros direitos, além da liberdade locomotora, proporciona na prática. Assim, conseguiria ajustar a dimensão aritmética da pena às condições qualitativas de aprisionamento e ao princípio da proporcionalidade.

55. Em sentido semelhante, ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria Crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 555.

56. Nesse sentido, MAIA NETO, Cândido Furtado. A inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade – flagrante violação aos direitos humanos dos presos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 707, set. 1994. p. 427.

Notadamente, em caso de demora judicial na concessão da progressão do regime fechado para o semiaberto, esta deve ser compensada com a antecipação proporcional do prazo para a próxima progressão de regime, aquela do semiaberto para o aberto ou prisão domiciliar. Não se trata apenas de fixar, como data-base da progressão para o regime aberto, o dia em que o apenado completou o requisito objetivo para a progressão para o regime semiaberto, conforme já decidido pelos Tribunais Superiores (HC 115.254/SP, 2ª Turma do STF, julgado em 15.12.2015; AgRg no REsp 1582285/MS, 5ª Turma do STJ, julgado em 09.08.2016); trata-se também de aproveitar todo o tempo de espera no regime fechado para reduzir (antecipar) na mesma medida – ou em medida superior, até com maior justiça, dada a maior gravidade da espera indevida no regime fechado, se comparada ao mesmo período de tempo em regime semiaberto – o prazo para a próxima progressão de regime (do semiaberto para o aberto ou prisão domiciliar).

Se porventura a demora judicial na concessão da progressão do regime fechado para o semiaberto for expressiva a ponto de a pessoa presa alcançar também o lapso temporal necessário à progressão do regime semiaberto para o aberto (ou prisão domiciliar), esta deve ser expressivamente compensada. Se a medida fosse apenas a colocação da pessoa presa em regime aberto ou prisão domiciliar (a chamada "progressão por salto"), isso não seria compensação, mas reconhecimento tardio de um legítimo direito. Compensação, nesse caso, seria a colocação da pessoa presa em regime aberto, prisão domiciliar, ou mesmo antecipação do livramento condicional somada, por exemplo, à redução compensatória da pena (proporcional à mora estatal). Isso porque reconhecer posteriormente um direito da pessoa presa não significa compensar o dano, significa tão somente uma obrigação estatal adimplida a destempo, e que exatamente por isso merece reparação expressiva, que traga efetivo benefício ao indivíduo. Em outras palavras, o dano já está feito e somente medidas efetivamente (e atrativamente) compensatórias são capazes, não de fazer as coisas voltarem ao *status quo ante*, o que é impossível, mas de proporcionar uma reparação penal à altura da lesão jurídica causada.

No tocante à demora judicial no reconhecimento judicial do livramento condicional, partindo-se do pressuposto de que é declaratória a decisão concessiva do livramento, é possível sustentar que o excesso de prazo na concessão (período correspondente entre o "vencimento" e o reconhecimento judicial) deve conduzir à "redução compensatória" da pena privativa de liberdade ou ao desconto (no mínimo) triplo[57] no período de prova do livramento (três

57. Para que haja proporcionalidade entre os regimes, o desconto do período de prova por excesso de prazo na concessão do livramento deve ser no mínimo de três dias

ou mais dias de desconto do período de prova para cada dia de prisão excessiva), considerando que cada dia a mais de prisão é mais grave do que um dia de período de prova.

No âmbito do regime semiaberto, além da "redução compensatória" da pena privativa de liberdade e da suspensão da execução, a violação de direitos deve ainda ser compensada com a antecipação proporcional da concessão da progressão ao regime aberto ("progressão compensatória"), com eventual colocação da pessoa presa em prisão domiciliar, seguindo-se a mesma lógica já pacificada em nossos tribunais, nas hipóteses em que não há estabelecimento penal para o cumprimento da pena em regime aberto[58], ou ainda, com a antecipação do livramento condicional ("livramento condicional compensatório"), se mais favorável no caso concreto.

No curso do regime aberto, a compensação penal pode se dar com a "redução compensatória" da pena ou eventual antecipação do livramento condicional ("livramento condicional compensatório"), se mais favorável ao condenado.

Por sua vez, para os apenados que já estejam em livramento condicional (egressos) e venham a sofrer abusos ou falta da assistência estatal prevista nos artigos 25 e 27 da LEP[59], a compensação pode se instrumentalizar com a "redução compensatória" da pena privativa de liberdade, com o desconto proporcional no período de prova do livramento, ou mesmo com o imediato encerramento do período de prova e consequente extinção da pena nos termos do art. 90 do Código Penal.

Note que mesmo em caso de eventual prática de crime no curso do livramento, poderia a compensação penal incidir sobre o período de prova, con-

---

para aqueles que estejam em regime fechado, no mínimo de dois dias para os apenados em regime semiaberto, e um dia para os alocados em regime aberto (ou prisão domiciliar).

58. STJ, HC 179610/RJ, 6ª T., j. 07.02.2013; STJ, REsp 1187343/RS, 5ª T., j. 17.03.2013; STF, HC 96169/SP, 1ª T., j. 25.08.2009; STF, RE 641.320/RS, Tribunal Pleno, j. 11.05.2016; Súmula vinculante 56 do STF.

59. "Art. 25. A assistência ao egresso consiste: I – na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade; II – na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.
Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego;
Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho."

siderando que o condenado, durante certo tempo, efetivamente cumpriu as condições estipuladas pelo Juízo, vinculando seu projeto existencial às exigências do Estado. O eventual descumprimento posterior do livramento condicional não deve, por isso, tornar sem efeito e desnaturar o esforço e tempo existenciais anteriormente despendidos com o regular adimplemento de suas condições. Importante recordar que o livramento, embora não seja regime de cumprimento de pena, é também etapa da execução penal, tanto é que a expiração do período de prova não suspenso conduz à extinção da pena privativa de liberdade. Com estas premissas, nas hipóteses de revogação do livramento condicional, seria plausível a detração compensatória de seu período de prova, seguindo-se o mesmo raciocínio traçado, por exemplo, no art. 657-bis do Código de Processo Penal italiano (inserido pela Lei n. 67, de 28.04.2014), em que, para fins de detração, três dias de prova da suspensão condicional da pena – que tenha sido revogada – são equiparados a 1 dia de prisão ou arresto domiciliar.

No curso da execução penal, outra modalidade de compensação penal por prisões abusivas deve ser lembrada. Discute-se na prática a possibilidade de remição quando o preso se vê impedido de realizar atividade laborativa ou educacional. É a chamada "remição ficta" ou "remição automática" (a remição se verifica mesmo sem o exercício do trabalho ou estudo). Não há dúvida de que a remição é possível quando o impedimento decorre de acidente, nos termos do art. 126, § 4º, da LEP: "o preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição". Surge a controvérsia, contudo, quando a impossibilidade de realizar atividade laborativa ou educacional decorre da ineficiência do Estado no sentido de provê-las aos presos.

Apesar de refutada por doutrina[60] e jurisprudência dominantes[61], é acertada a tese de que o condenado que deseja trabalhar ou estudar não pode ser prejudicado pela ineficiência estatal, fazendo jus, portanto, à remição ficta da pena.

A remição ficta é de fato uma forma de compensação penal por prisões abusivas, não sendo razoável que o Estado exija do condenado o cumprimento do dever de trabalhar, mas não ofereça condições para tanto, e pior, não compense o inadimplemento de seu dever de oferta laborativa. Nem se diga que o bene-

60. Por todos, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. I, p. 541.

61. A título de exemplo, cf. TJRJ, Agravo em Execução n. 2006.076.00037, 2ª Câmara Criminal, j. 11.07.2006.

ficiamento daqueles que não trabalham produziria ruptura da igualdade com os que trabalham, pois tal visão inverte a lógica jurídica *favor rei*. Na verdade, a ruptura da igualdade ocorre justamente ao não se assegurar a todos os presos o efetivo direito ao trabalho[62], discriminando-se alguns por desídia político-administrativa ou ausência de condições materiais.

Tendo em vista a dimensão dada pela lei e pela Constituição de 1988 à educação (direito de todos e dever do Estado, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania) e ao trabalho (princípio fundamental da República, base da ordem social e fundamento da ordem econômica brasileiras, direito social, dever social e condição de dignidade humana), há que se reconhecer como legítima a compensação penal do preso pela ineficiência estatal. Diante desta dimensão, é possível sustentar que a vedação da remição ficta implica dupla punição: a impossibilidade de exercer os direitos constitucionais ao trabalho ou estudo e a inviabilidade de valer-se da remição e, com isso, reduzir os danos causados pelo maior período de encarceramento[63]. Ademais, se o preso tem direito – como efetivamente tem – à prisão domiciliar pela inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime aberto ou semiaberto, não há razão para que deixe de ter direito à remição pela não disponibilização de trabalho ou estudo pela Administração. É incoerente a imposição de tratamentos diversos, se ambos os casos tratam do mesmo fenômeno: inadimplemento de deveres estatais por desídia ou falta de condições materiais[64].

A insuficiência de recursos e a chamada "reserva do possível" têm sido repetidamente alegadas como causas obstativas da oferta de trabalho e educação

62. Com este entendimento, SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 146; PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. A remição da pena é um direito do condenado e obrigação do Estado. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 9, p. 22. out.1993.

63. No mesmo sentido, LEAL, João José. Algumas questões polêmicas acerca da remição penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 822, abr. 2004. p. 467. Também em defesa da remição em caso de não disponibilização de trabalho pelo Estado: ALVIM, Rui Carlos Machado. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 290; MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 434.

64. Com o mesmo entendimento, ALVIM, Rui Carlos Machado. Execução penal: o direito à remição da pena. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 606, abr. 1986; p. 289. TOLEDO, Leonardo Alves de. A remição da pena e a sua efetivação ante a omissão estatal. *In:* XIMENES, Rafson; DO PRADO, Daniel Nicory (coords.). *Redesenhando a Execução Penal*. A superação da lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010, p. 164.

aos presos, sem quaisquer consequências para o inadimplemento dessas obrigações estatais. Com efeito, em hipótese alguma a falta de recursos estatais pode ser usada como argumento para a violação ou a não prestação de direitos humanos, como já pontuado nas Regras Penitenciárias Europeias: "as condições detentivas que violam os direitos humanos do preso não podem ser justificadas pela falta de recursos" (art. 4º).

Mais dois aspectos em favor da remição ficta merecem atenção. Em primeiro lugar, conforme mencionado, o art. 126, § 4º, da LEP dispõe que "o preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição". Consiste em dispositivo favorável aos condenados e, como tal, sua interpretação e aplicação devem ser eminentemente ampliativas, comportando extensões e analogias, o que abarcaria a impossibilidade de realização de trabalho ou estudo pela deficiência estatal. Note que, assim como o acidente (caso fortuito), a ineficiência do Estado em disponibilizar vagas também é causa alheia à vontade e responsabilidade do condenado, não podendo atuar em seu desfavor.

Em segundo lugar, uma vez julgada possível a reparação do dano por meio da remição de dias de pena cumpridos em condições degradantes, por analogia ao artigo 126 da Lei de Execução Penal (conforme discutido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 580.252/MS, com repercussão geral), não há mais como se justificar a não aplicação da remição ficta por falta de disponibilização de trabalho ou estudo aos condenados, igualmente valendo a analogia ao artigo 126 da Lei de Execução Penal.

5.3. A compensação penal por penas ou prisões abusivas nas medidas de segurança

A Lei 10.216/2001 mudou os paradigmas (arts. 3º; 4º, §§ 3º e 1º; 2º, VIII e IX) de aplicação e execução das medidas de segurança no Brasil. Em seu art. 4º, § 2º, a Lei 10.216/2001 veda a internação em instituições com características asilares, quais sejam, aquelas desprovidas de serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer etc. e que não assegurem aos pacientes os seus direitos. Sendo ilegal (e eventualmente criminosa), a internação em instituições com características asilares, devem receber a devida compensação penal todas as pessoas com transtorno mental em conflito com a lei que, durante o processo de conhecimento, ou de execução, tiverem sido nelas internadas.

Na verdade, qualquer internação em estabelecimento de cunho penal (cadeia pública, penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar e até mesmo

hospital de custódia e tratamento psiquiátrico) deve gerar a compensação penal, diante de sua absoluta incompatibilidade com a nova sistemática antimanicomial.

A compensação penal deve ser realizada não só com a desinternação imediata, mas também com a pronta extinção da medida de segurança. Juntamente com a compensação penal, as pessoas com transtorno mental em conflito com a lei também são merecedoras de reparação pecuniária e de assistência psicossocial especial em serviços comunitários, especial porque destinada a compensar os danos psicológicos e sociais causados pela indevida institucionalização.

5.4. Propostas de mensuração da compensação penal

Um dos grandes desafios da compensação penal é o de delimitar na prática a sua quantidade ou extensão. É inegável a dificuldade empírica de se apurar o *quantum* compensatório devido a quem é submetido a condições desumanas, mas tal dificuldade é a mesma que acompanha o magistrado na dosimetria da pena, em especial na aferição da pena-base. Daí a importância de se fixar parâmetros mínimos capazes de orientar a tarefa de compensação penal.

No âmbito do processo de conhecimento, vale repetir, a compensação penal pode se dar pela ampliação interpretativa do instituto do perdão judicial, permitindo que o juiz deixe de aplicar a pena e extinga a punibilidade.

Todavia, uma vez entendendo pela condenação, pode o magistrado sentenciante: a) promover a atenuação genérica ou inominada da pena (art. 66 do CP), cujo *quantum* de redução, conforme já pontuado, não possui limitação legal, considerando que o art. 66 não estabelece qualquer restrição ao magistrado; b) determinar, por analogia ao art. 387, § 2º, do CPP, uma espécie de "progressão de regime cautelar" (colocação cautelar em regime mais brando) em favor do acusado que tiver sido submetido a condições degradantes de encarceramento provisório ou que já houver cumprido o lapso temporal necessário à progressão de regime; c) determinar cautelarmente a liberdade do sentenciado que tiver sido submetido a condições degradantes de encarceramento provisório ou já tiver alcançado o lapso temporal necessário ao livramento condicional ou indulto, ou mesmo conceder este último, valendo-se dos recentes Decretos Presidenciais de Indulto que facultam ao juiz do processo de conhecimento a declaração do indulto.

Com a pena já aplicada, mas ainda sob o crivo das instâncias judiciais superiores, e diante da ocorrência de encarceramento ou atos abusivos ou de expressiva redução da pena em sede recursal – forçando o réu a ficar encarcerado por mais tempo que o devido para o cumprimento dos prazos de progressão de

regime, livramento condicional, indulto etc. –, é possível ainda a compensação penal na mesma proporção, ou em proporção superior ao tempo ilegitimamente expropriado do condenado.

Já no âmbito do processo de execução, além da graça, do indulto e da suspensão do encarceramento (com a detração de todo o período de liberdade oriundo do relaxamento como tempo efetivo de cumprimento de pena), seria igualmente possível pensar na "redução compensatória" da pena[65] em igual ou superior proporção ao tempo de expropriação ilegal.

Como se sabe, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 580.252/MS, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que a reparação dos danos morais oriundos das disfunções do sistema prisional deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de um dia de pena por cada três a sete dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal[66].

Na lógica utilizada pelo ministro, o teto de um dia de remição para três dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana foi construído a partir da analogia ao art. 126 da LEP (que trata da remição), ao passo em que o piso de um dia para sete foi alcançado pela analogia à remição pela leitura, nos termos da Portaria Conjunta DEPEN/CJF n. 276/2012. Apenas subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.

Em que pese ter sido proposto o piso de um dia de remição para sete dias de pena cumprida em condições indignas, por analogia à remição pela leitura, parece mais coerente que o mínimo da compensação seja um dia de remição para três dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade huma-

65. A redução compensatória deve abarcar também as penas restritivas de direito e as penas de multa, proporcionalmente aos dias de pena privativa de liberdade ou dias-multa a elas associados, competindo ao magistrado da execução, nos demais casos, individualizar a reparação penal conforme a extensão do dano provocado à pessoa condenada.

66. Mirko Bagaric, Richard Edney e Theo Alexander sustentam que prisioneiros submetidos a condições excessivamente duras devem ter em regra sua pena reduzida, na proporção de meio dia de desconto para cada dia de confinamento nestas condições, formula esta também aplicável aos prisioneiros que sofrem, em razão do próprio encarceramento, um fardo adicional por conta de suas condições pessoais, tais como problemas de saúde. BAGARIC, Mirko; EDNEY, Richard; ALEXANDER, Theo. *Op. cit.*, p. 442.

na, justamente por analogia ao art. 126, § 4º, que versa sobre o instituto da *remição ficta*, permitindo a remição de um dia a cada três dias de cumprimento de pena ao preso impossibilitado por acidente de prosseguir no trabalho. Isso porque, se a remição ficta do art. 126, § 4º, da LEP é aquela legalmente merecida pela ocorrência de fato gravoso ao condenado (acidente), a mesma proporção deverá ser empregada como piso reparatório nos casos de sofrimento de condições desumanas ou degradantes, fatos estes igualmente gravosos à pessoa encarcerada.

De outra parte, apesar de proposto o máximo de compensação penal de um dia por cada três de pena cumprida em condições degradantes, por analogia ao instituto da remição (art. 126 da LEP), parece ser mais adequada a analogia art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Se o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais (art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor), é coerente que a pessoa presa "cobrada" indevidamente pelo Estado com penas ou prisões abusivas, também tenha por regra o direito à compensação pelo dobro do tempo em que ficou submetida a ilegalidades.

Surge, afinal, o questionamento quanto à forma de compensação nas hipóteses de abusos perpetrados por atos não protraídos no tempo. Nesses casos, competirá ao Judiciário individualizar a reparação penal conforme a extensão do dano provocado à pessoa presa. É possível, assim, que o Juiz também se valha, para a fixação do piso reparatório, da analogia ao art. 126, § 4º (que versa sobre o instituto da remição ficta em caso de acidente), de modo a permitir, a partir do ato danoso e até o fim da pena, a remição compensatória de um dia a cada três dias de cumprimento restante de pena. Já como teto de reparação, é possível que o Poder Judiciário volte a empreender analogia ao art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, permitindo que cada dia de pena cumprida após o ato danoso resulte no abatimento de outros dois dias, até que se verifique a completa (e antecipada) extinção da reprimenda.

6. Conclusão

Sentenças penais expressam-se em tempo linear ou cronológico, mas expropriam tempo existencial – vida mesmo – do condenado. Uma pena de igual grandeza não é vivenciada por todos da mesma forma, sobretudo por aqueles acometidos por ilegalidades. Estes, pelo contrário, percebem a própria experiência penal como concreta ameaça à sua integridade e, eventualmente, como

fator de redução de sua futura qualidade e expectativa de vida. O apreço pelo tempo existencial do sentenciado, tradicionalmente obscurecido pela objetiva linearidade do tempo imposto na sentença, traduz a essência do direito à compensação penal por penas ou prisões abusivas.

Mais do que um direito, a compensação penal ou *in natura* adquire cada vez mais contornos de autêntico princípio, capaz de atuar com eficácia normativa e se espraiar por todo o ordenamento penal, promovendo a redução de danos sociais, econômicos e, sobretudo, humanos.

A cultura da compensação dará maior visibilidade às arbitrariedades sofridas pelas pessoas presas e demonstrará que, em uma ótica democrática, a subtração de tempo existencial (vivencial) de um ser humano, seja a que título for, jamais pode ser em vão. Nem a liberdade indevidamente suprimida pode ser banalizada com sua simples conversão em dinheiro. Havendo a possibilidade de compensação com o mesmo bem subtraído – a liberdade –, este deve ser escolhido, independentemente da indenização pecuniária. Assim é que o conceito de indenização também deve abarcar a reparação pela via penal, com a utilização do tempo de prisão ou da forma de aprisionamento como espécies de "moeda" de reparação.

Conforme já salientado, o Estado brasileiro assumiu o compromisso internacional de proteger o direito à não submissão a detenção ou encarceramento arbitrários, bem como de assegurar o direito de reparação a qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais. Deve, portanto, empregar todas as ferramentas jurídicas disponíveis para garantir que a reparação seja a mais efetiva e integral possível, sob pena de admitir – por pragmatismo ou formalismo – que encarceramentos que se tornaram arbitrários possam se converter em penas aplicadas em sua integralidade, e que penas aplicadas que se tornaram penas cruéis e desumanas possam ser integralmente executadas.

A compensação penal por penas ou prisões abusivas definitivamente não pode mais ser ignorada. Trata-se de poderoso instrumento à disposição do Poder Judiciário para o ajuste da dimensão aritmética da pena às condições qualitativas de aprisionamento. Mais ainda, trata-se de um dever legal, constitucional, convencional e humano do magistrado comprometido com a afirmação do Estado Republicano e Democrático de Direito.

7. Referências bibliográficas

ALVIM, Rui Carlos Machado. Execução penal: o direito à remição da pena. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 606. abr. 1986.

ALVIM, Rui Carlos Machado. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

ARDITA, Sebastiano; DEGL´INNOCENTI, Leonardo; FALDI, Francesco. *Diritto Penitenziario*. 3. ed. Roma: Laurus Robuffo, 2016.

BAGARIC, Mirko; EDNEY, Richard; ALEXANDER, Theo. (Particularly) burdensome prison time should reduce imprisonment length – and not merely in theory. *Melbourne University Law Review*. v. 38. Austrália, 2014.

BERTERAME, Celina. La reparación mínima en tiempo vivencial por sufrimiento de prisión arbitraria. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena*. Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. 11. ed. Padova: Cedam, 1982.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. I.

CASTELLANOS, Clarisa Esther. La potestad disciplinaria de la autoridad penitenciaria y la vigencia del principio non bis in idem en el ámbito de ejecución penal. *In:* AROCENA, Gustavo (dir.). *Derecho Penitenciario*. Discusiones actuales. Córdoba: Alveroni, 2011.

COYLE, Andrew. *Administração penitenciária:* Uma abordagem de direitos humanos – Manual para servidores penitenciários. Brasília: International Centre for Prision Studies – King's College London, Ministério da Justiça do Brasil e Embaixada Britânica, 2004.

DEGANELLO, Mario. I rimedi risarcitori. *In:* CAPRIOLI, Francesco; SCOMPARIN, Laura (orgs). *Sovraffollamento carcerário e diritti dei detenuti*. Le recenti riforme in materia di esecuzione dela pena. Torino: Giappichelli, 2015.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*. A criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2013.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GORI, Pierpaolo. Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione. Disponível em: [www.questionegiustizia.it/articolo/art_3-cedu-e-risarcimento-da-inumana-detenzione_02-10-2014.php]. Acesso em 15.10.2016.

HENDRICH JÚNIOR, Witoldo. A insalubridade do ambiente carcerário como critério objetivo de cumprimento antecipado da pena. Disponível em: [www.portalcejur.rj.gov.br/]. Acesso em 10.09.2016.

LEAL, João José. Algumas questões polêmicas acerca da remição penal. *Revista dos Tribunais*. v. 822. São Paulo, abr. 2004.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAIA NETO, Cândido Furtado. A inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade – flagrante violação aos direitos humanos dos presos. *Revista dos Tribunais*. v. 707. São Paulo, set. 1994.

MARTUFI, Adriano. La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/-/3421-la_corte_edu_dichiara_irricevibili_i_ricorsi_presentati_dai_detenuti_italiani_per_violazione_dell_art__3_cedu_senza_il_previo_esperimento_dei_rimedi_ad_hoc_introdotti_dal_legislatore_italiano_per_fronteggiare_il_sovraffollamento/]. Acesso em: 15.10.2016.

MARULL, Francisco Gabriel. Compensación de penas: cortando camino entre el ser y el deber ser. Disponível em [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/27625--compensacion-penas-cortando-camino-entre-ser-y-deber-ser]. Acesso em: 10.10.2016.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MESSUTI, Ana. Delito, pena, tiempo: una proporción imposible. *Revista Ultima Ratio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, ano 1, n. 0. 2006.

MESSUTI, Ana. Más allá del tiempo como pena. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et all*. *La medida del castigo*. El deber de compensacion por penas ilegales. Buenos Aires: Ediar, 2012.

MINKOWSKI, Eugene. *Il tempo vissuto*. Fenomenologia e Psicopatologia. Torino: Einaudi, 1971.

NOGUERA, Máximo Lanusse. La clandestinidad y el olvido de nuestro presente. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena*. Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013.

PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. A remição da pena é um direito do condenado e obrigação do Estado. *Boletim IBCCRIM*. n. 9. São Paulo, out. 1993.

PAVARINI, Massimo. Il folle che delinque: rapsodia sul margine. *Rivista Sperimentale di Freniatria*. v. 135, fasc. 3. Reggio Emilia, 2011.

PAVARINI, Massimo. Vivere in meno di 3 metri quadrati. Quando la pena carceraria è disumana e degradante. Disponível em: [www.ristretti. it/commenti/2013/ marzo/pdf/articolo_pavarini.pdf]. Acesso em: 30.09.2016.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal*. Uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. *Saggi sul governo della penalità*. Letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Edizioni Martina, 2007.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: numerus clausus. *Revista Liberdades*. (Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). n. 15. São Paulo, jan.-abr. 2014.

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

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*. Teoria crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. *In:* SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução penal:* novos rumos, novos paradigmas. Manaus: Editora Aufiero, 2012.

SLOKAR, Alejandro. La ley de los sin ley. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La medida del castigo.* El deber de compensacion por penas ilegales. Buenos Aires: Ediar, 2012.

TOLEDO, Leonardo Alves de. A remição da pena e a sua efetivação ante a omissão estatal. *In:* XIMENES, Rafson; DO PRADO, Daniel Nicory (coords.). *Redesenhando a Execução Penal*. A superação da lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

VACANI, Pablo Andrés. El desarrollo temporal de la pena y su redefinición cuantitativa en la etapa de ejecución. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41834-desarrollo-temporal-pena-y-su-redefinicion-cuantitativa-etapa-ejecucion]. Acesso em: 11.08.2016.

VACANI, Pablo Andrés. El tiempo de la pena y el tiempo en el encierro. Apuntes para el análisis del campo de prisión y la acción concreta en el campo judicial. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena*. Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Cronos y la aporia de la pena institucional (acerca de la interdisciplinariedad constructiva del derecho penal con el derecho de ejecución penal). *In:* VV.AA. *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*. Cidade do México: UNAM, 1998. t. II.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *et all*. *La medida del castigo*. El deber de compensacion por penas ilegales. Buenos Aires: Ediar, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *La medida cualitativa de prisión en el processo de ejecución de la pena*. Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A detração penal e sua não incidência na prisão provisória na hipótese de absolvição por crime anterior, de Denise Hammerschmidt – *RT* 923/483-495 (DTR\2012\450678);
- A função e relevância dos precedentes judiciais no direito brasileiro, de Eduardo Chulam – *RIASP* 32/115-150 (DTR\2013\12509);
- A quantificação dos danos morais pelo STJ, de José Roberto Ferreira Gouvêa e Vanderlei Arcanjo da Silva – *RT* 744/685-701 e *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 4/685-701 (DTR\2015\9899);
- Algumas questões polêmicas acerca da remição penal, de João José Leal – *RT* 822/456-472 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/635-657 (DTR\2004\278);
- Algumas questões polêmicas acerca da remição penal, de João José Leal – *RT* 822/456-472 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/635-657 (DTR\2004\278);
- Alguns aspectos da reparação do dano moral no direito brasileiro, de Luís Felipe Salomão – *RDCC* 1/135-149 e *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 1/643-659 (DTR\2014\19832);
- Execução penal: o direito à remição da pena, de Rui Carlos Machado Alvim – *RT* 606/286-294 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/1167-1181 (DTR\1986\100); e
- Princípios constitucionais e medida de segurança criminal, de Lizianni de Cerqueira Monteiro – *Ciências Penais* 14/415-416 (DTR\2011\1830).

O rompimento da criminologia consensual-funcionalista diante da necessidade de uma criminologia do conflito

The Breaking of the criminology consensus-functionalist on the necessity of the conflict's criminology

Saulo Ramos Furquim

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Especialista em Ciências Criminais pela Rede/LFG.
Professor de Direito das Faculdades de Atibaia/FAAT. Advogado.
saulofurquim@gmail.com

Recebido em: 27.09.2016
Aprovado em: 31.10.2016
Última versão autor: 28.11.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: A discussão que trazemos à baila no presente trabalho é a divisão da criminologia entre suas duas vertentes antagônicas: as teorias do consenso e as teorias do conflito, e quais são suas influências no atual modelo penal. Trataremos de maneira detalhada como as Teorias Criminológicas do Consenso influenciam e servem de substrato criminológico para a aplicação da lei penal atual. Analisar-se-á, também, o viés de preservação de valores dominantes da sociedade, como sendo um valor comum que deve ser imposto a todos os demais da mesma sociedade, e como o Direito Penal atua de forma sancionatória na preservação de valores genéricos e ideologicamente construídos, como ordem pública, comoção social entre outros. Questiona-se no trabalho essa garantia dos valores sociais, demonstrando o caráter ideológico e político da atuação do Direito Penal na proteção do consenso social. Dessa forma, buscaremos evidenciar uma necessidade criminológica das Teorias do Conflito no âmbito da aplicação do Direito Penal,

Abstract: The discussion that we bring in this work is the division of criminology between two antagonistic parts: the theories of consensus and theories of conflict, and what are your influences in the current criminal model. We will deal in detail how the Theories of Criminological Consensus influence and serve as criminological substrate for the current application of criminal law. Also analyzed the preservation's bias of dominant values of society as a common value that must be imposed on all others in the same society, and how the criminal law been acting in punitive way for preserving generic values and ideologically constructed, as public order, social upheaval and among others. It has been questioned this guarantee of social values, demonstrating the ideological and political character of the activities of criminal law in ensuring social consensus. Thus, we will seek to evidence the criminological necessity of Conflict's Theories in the applying of criminal law, since it wonders the hierarchy of social

pois se interroga aqui uma hierarquia de valores sociais e as construções políticas do delito no universo do conflito cultural e da criminalidade. Assim, as Teorias do Conflito se preocupam com o caráter político que assume todo o fenômeno criminal: criminalização, comportamento criminalizado e pena.

Palavras-chave: Criminologia – Teorias do Consenso – Teorias do Conflito – Preservação de valores dominantes – Caráter ideológico e político.

values and the political structures of the crime in the universe of cultural conflict and criminality. Thus, the Conflict's Theories care about the political character that assumes all criminal phenomenon: criminalization, criminalized behavior and punishment.

Keywords: Criminology – Theories of Consensus – Theories of Conflict – Dominant values of preservation – Ideological and political character.

Sumário: 1. Introdução. 2. As bases da Criminologia do Consenso: a lógica funcionalista como norteador da ordem social. 3. O crime sob o viés consensual-funcionalista: a preservação dos valores dominante da sociedade. 4. A formação da prevenção no pensamento consensual-funcionalista: a teoria dos sistemas aplicada ao direito penal. 5. A ineficácia da prevenção do modelo funcionalista para crimes culturais: o mito da garantia do consenso social.. 6. As teorias do conflito: o contraponto necessário na questão criminal. 7. A hierarquia de valores sociais e as construções políticas do delito no universo do conflito cultural e da criminalidade. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

A história de toda sociedade até nossos dias é a história da luta de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor e servo, mestre e oficial, em suma opressores e oprimidos sempre estiveram em constante oposição; empenhados numa luta sem trégua, ora velada, ora aberta, luta que a cada etapa conduziu a uma transformação revolucionária de toda a sociedade ou ao aniquilamento das duas classes em confronto[1].

1. Introdução

Os pensamentos criminológicos, até o momento, dividem-se em duas vertentes: aos pensamentos associados a determinado funcionalismo[2] e os

1. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Trad. Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM. 2002, p. 23 e ss.
2. "O funcionalismo está estritamente ligado ao positivismo, suas preocupações são também as de ordem e progresso, a solidariedade e o consenso na sociedade. Trata-se, pois, de superar as deficiências do positivismo, mas com o mesmo objeto, visando dar a ordem à sociedade capitalista". BERGALLI, Roberto *et al*. *O pensamento criminológico I:* uma análise crítica. Trad. Roberta Duboc Pedrinha; Sérgio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 61 e ss.

pensamentos ligados a uma ideia de mudança social[3]. A esta discussão em torno desta antinomia relatada se dá o nome de Criminologia do Consenso e do Conflito[4]. Contudo, conforme sustenta *Figueiredo Dias* e *Costa Andrade*[5], foi no século XIX e por obra de *Durkheim*[6] e de *Marx*[7] "que a problemática questão do conflito e do consenso foi introduzida na teoria sociológica e convertida em um de seus temas mais relevantes"[8].

Desta dicotomia, consenso-conflito, surge uma relevância criminológica no sentido de questionar: (i) qual o significado das normas que visam manter a ordem social; (ii) se tais normas revelam um conjunto de valores intrínsecos à sociedade; (iii) se estes valores são comuns a todos os membros desta sociedade; (iv) se estas regras somente expressam nada mais que a vontade ou interesses de classes dominantes[9].

Estas visões distintas sobre a estrutura social baseavam-se em fundamentos antagônicos. O modelo de sociedade de consenso pugnava por uma manutenção e proteção dos valores vigentes, visando, assim, à reafirmação na solidariedade humana e a reafirmação da consciência coletiva refletida na confiança

3. García-Pablos De Molina ao referenciar Chambliss assegura que a premissa da mudança social é inerente para as teses de conflito social. Pois não é a integração normativa que garante a manutenção do sistema social, mas sim os conflitos dentro do sistema que promovem as mudanças necessárias na sociedade. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 888.
4. "Não se verifica, na verdade, grande constância quanto aos termos utilizados para exprimir esta antinomia. Assim, por exemplo, Chambliss contrapõe teorias funcionalistas à teoria do conflito, enquanto noutros passos fala-se de um *value-com-sensus model* por oposição a um *ruling class model*; Horton distingue as teorias da ordem das teorias do conflito; Dahrendorf fala da teoria em teoria da integração e teoria da dominação; Van Der Berghe fala de um modelo dialético por oposição a um modelo funcionalista; Adams contrapõe as teorias do consenso às teorias da coerção". Cf. cita DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *op. cit.,* 2013, p. 249 e ss.
5. *Ibidem*, p. 251 e ss.
6. Ver DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Carlos Alberto Ribeiro Moura. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
7. Ver MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. Obras escolhidas. v. 3, São Paulo: Alfa-Omega, 1984.
8. FURQUIM, Saulo Ramos. A Necessidade de uma Criminologia Cultural face aos desdobramentos das Teorias do Conflito. *Revista de Estudos de Sociologia*: Unesp/Araraquara, v. 20, n. 38, jan.-jun. 2015. p. 95-109.
9. Neste sentido, conforme suscita BERRY, David. *Ideias Centrais em sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 140 e ss.

do ordenamento jurídico[10], por meio da manutenção do *status quo* vigente[11] – utilizando-se a pena como resposta às violações da estrutura social, garantindo assim uma funcionalidade das relações[12].

Por outro lado, a Teoria do Conflito Social atribui à contradição interna da cultura os conflitos sociais existentes. Para *Taft,* o desfalecimento das estruturas sociais, as crises de valores morais e de conduta são frutos da imposição de valores dominantes ante aos diferentes grupos culturais minoritários na sociedade[13]. Por conseguinte, grupos que detinham valores sociais diferentes da sociedade eram constantemente reprimidos por conta da lógica funcionalista da garantia da coesão social sob os valores dominantes[14].

Essa dicotomia consenso-conflito trazida para a criminologia torna evidente o choque de valores diferentes existentes na sociedade. A importância nos estudos dessas teorias caracteriza-se pelas indagações se determinada criminalidade é uma realidade social formada dentro do processo de criminalização, e se o Direito Penal como sancionador dessas condutas tem natureza política.

2. As bases da Criminologia do Consenso: a lógica funcionalista como norteador da ordem social[15]

A primeira visão de pensamento sociológico que foi trazido para criminologia intitulada criminologia do consenso, está integrada a um viés funciona-

10. Ver DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Carlos Alberto Ribeiro Moura. São Paulo: Abril Cultural, 1978; E, DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
11. BERGALLI, Roberto *et al*. *Op. cit*. 2015, p. 65.
12. No que diz respeito à função da pena, Durkheim aduz: "A pena não serve ou só serve de maneira secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores; sobre esse duplo ponto de vista, sua eficiência e justamente duvidosa, e em todo caso, medíocre. Sua verdadeira função é manter intacta a coesão comum". DURKHEIM, Émile. *op. cit.,* 1978, p. 81.
13. TAFT, Donald. *Criminology.* 3. ed. New York: Publisher Macmillan, 1956, p. 115 e ss.; 341 e ss.
14. "Objeto de sua polêmica era o estrutural-funcionalismo, então dominante na *sociologia liberal*, com as teorias de Talcott Parsons e de Robert Merton, centradas – como se viu – sobre o modelo da interação e do equilíbrio dos sistemas sociais". BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução da sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. 1. Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2013, p. 120.
15. As Teorias Sociais do Consenso são evidenciadas nas seguintes obras: DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Carlos Alberto Ribeiro Moura. São Paulo:

lista[16], modelo esse que obedece às construções sociológicas de origem positivista de *Comte*[17], e funcionalista de *Durkheim*[18] e *Spencer*[19], posteriormente resgatadas e desenvolvidas por *Merton*[20], *Parsons*[21], *Malinowski*[22] a culminar com a importância da Teoria dos Sistemas Sociais para o pensamento jurídico de *Luhmann*[23], e seguindo até o Neo-funcionalismo de *Alexander*[24] e *Münch*[25].

Para esta perspectiva consensual[26], citando as palavras de *Shecaira*:

> (…) a finalidade da sociedade é atingida quando há um perfeito funcionamento das suas instituições de forma que os indivíduos compartilham os

Abril Cultural, 1978; DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007; MERTON, Robert. Social structure and anomie. *American Sociological Review*. v. 3, Issue 5, 1938, p. 672-682; MERTON, Robert. *Social theory and social structure*. The free press. Nova York, 1968; MALINOWSKI, Bronislaw. *Uma Teoria Científica da Cultura*. São Paulo: Abril Cultural, 1978; PARSONS, Talcott. *A estrutura da ação social:* um estudo da teoria social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes. Trad. Vera Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2010; PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. Trad. Dante Moreira. São Paulo: Editora Pioneira, 1974; LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985; LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Guadalajara: Barcelona: Anthropos, 1996.

16. FURQUIM, Saulo Ramos. *op. cit.,* 2015. p. 98.
17. COMTE, Auguste. *Système de politique positive ou traité de Sociologie instituant la Religion de l'Humanité*. 3ème ed. 4 v. Paris: Larousse, 1890.
18. Ver DURKHEIM, Émile. *op. cit.*, 1978.
19. SPENCER, Herbert. *The principles of sociology.* v. I. New York: D. Aplleton and Company, 1897.
20. Ver MERTON, Robert. *op. cit.*, 1968.
21. Ver PARSONS, Talcott. *op. cit.*, 2010.
22. Ver MALINOWSKI, Bronislaw. *op. cit.,* 1978.
23. Ver LUHMANN, Niklas. *op. cit.,* 1983.
24. ALEXANDER, Jeffrey. *Neofunctionalism and After*. Willey-BlackWell: New Jersey, 1998.
25. MÜNCH, Richard. A Teoria Parsoniana Hoje: A Busca de uma nova síntese. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan. *Teoria Social Hoje*. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp, 1999, p. 178-179.
26. Segundo a definição de Parsons, nas palavras de Figueiredo Dias e Costa Andrade, "um sistema social consiste numa pluralidade de atores individuais que interagem

objetivos comuns a todos os cidadãos, aceitando as regras vigentes e compartilhando as regras sociais dominantes[27].

Contudo, para haver essa coesão de valores deve antes haver uma harmonia dentro do sistema social, – um correto funcionamento da sociedade – para *Parsons*, essa coesão "consiste em estabelecer a classificação dos problemas que todo sistema deve resolver para existir e se manter em atividade[28]". Conforme esse pensamento funcionalista, caberia ao Direito (especificamente o Direito Penal) regular os conflitos sociais dentro da sociedade para a garantia da harmonia dentro do sistema social. Muitas vezes a clamar pela repressão como forma de regulação social.

Na visão teórica do consenso, são os valores que identificam e definem a sociedade a ser norteada pela exclusão de conflitos que contrapõem os valores comuns regentes a harmonia na sociedade. Destarte, a perspectiva consensual se baseia que, através de um consenso geral de valores entre os indivíduos, a ordem social pode ser concebida. De tal ponto, as unidades de análise social (os chamados sistemas sociais[29]) são essencialmente associações voluntárias de pessoas que partilham certos valores e criam instituições, com vistas a assegurar o funcionamento regular da cooperação [30].

Sobre os valores na perspectiva consensual, pode-se dizer que a sociologia parsoniana privilegia-os a ponto de conceder-lhes ação determinante na organização e na vida social, a opor-se à teoria marxista[31], por evidenciar que o

---

entre si numa situação em que têm ao menos um aspecto físico ou ambiental. Atores que são motivados por uma tendência para a otimização das gratificações e cujas relações com as suas situações – inclusive com os demais atores – estão mediadas e definidas por um sistema de símbolos culturalmente estruturados e compartilhados". DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *op. cit.*, 2013, p. 252 e ss.

27. SHECAIRA, Sergio Salomão. *op. cit.,* 2013, p. 124.
28. ROCHER, Guy. *Talcott Parsons e a sociologia americana.* Trad. Olga Lopes da Cruz. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976, p. 159.
29. Para LUHMANN, a sociedade seria um sistema social maior, onde dentro haveria outros menores como: sistema jurídico, político e econômico. Ao referenciar seu pensamento (tratando aqui de uma forma muito genérica), entende-se que esse sistema complexo deve se autoproteger das ameaças externas (sistema autopoiético). LUHMANN, Niklas. *Sociedade y sistema:* la ambición de la teoria. Trad. Santiago López Petil y Dorothee Schmitz. Introducción de Ignácio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1997, p. 47
30. *Ibidem*, 2013, p. 125.
31. ROCHER, Guy. *op. cit*. 1976, p. 162.

consenso de valores leva ao conflito. O pensamento de *Parsons* está ligado a uma sociologia dos valores, do qual leva a imagem de uma sociedade centrada na preservação do consenso geral de consciência por meio da existência da ordem social. Deve-se levar em consideração que sua sociologia insiste também em dizer que a ordem não é nem uma ambição nem um ideal, mas sim um problema, um mal necessário. No entanto, como ele mesmo propõe:

> (…) na tradição de *Hobbes* vem ser a da própria existência da sociedade: como explicar que os homens se associem e vivam em comum em vez de devorar uns ao outros[32].

Ante essas premissas, entende-se que o paradigma consensual funciona em torno de uma sociedade estruturada, estável e bem integrada. Todavia, deve haver um consenso acerca dos valores dominantes, pois estes regram de forma coesa a harmonia na interação da sociedade[33]. Devem-se aceitar as regras vigentes e as regras sociais dominantes, uma vez que o poder é exercido em nome e no interesse de toda sociedade. No entanto, esse mesmo interesse exclui igualmente toda hipótese de mudança, tendo para a historicidade e para o imobilismo[34].

3. O crime sob o viés consensual-funcionalista: a preservação dos valores dominante da sociedade

Para essa teoria, o crime é visto como uma negação (recusa ou não interiorização) de certos valores e do universo cultural que os suporta. Porém,

32. *Ibidem,* 1976, p. 164. Assertiva que pode ser evidenciada na sentença popularizada por Thomas Hobbes, "o homem é o lobo do homem" (*Homo homini lupus*). Ver HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e Civil*. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

33. FURQUIM, Saulo Ramos. *op. cit.,* 2015, p. 99.

34. Para Figueiredo Dias e Costa Andrade, "a criminologia de consenso corresponde fundamentalmente à criminologia tradicional. O que, sobretudo, caracteriza a aceitação positivista das normas jurídico-criminais como um dado e são destinadas à tutela de valores essenciais e comuns a todos os membros da coletividade". DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *op. cit.,* 2013, p. 253-256 e ss. Para Baratta, "la teoría sociológica del conflicto respeta y acompaña toda esa evolución ideológica, rechazando como a un mito, del cual es necesario liberarse, la idea de una sociedad cerrada en sí misma, estática, libre de conflictos y basada en el consenso". BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal, compilación* in memoriam. Buenos Aires-Montevideo: Editorial IBdeF, 2004, p. 249.

o desvio atua como uma ameaça ao equilíbrio e ao correto funcionamento da sociedade. O delito se opõe ao funcionamento social, uma quebra do s*tatus quo*, que como ele traz uma mudança social, ou seja, uma disfunção, uma falha que faz com que as pessoas esqueçam suas finalidades e seus valores.

Nesse viés de preservação de valores, a questão sociológica do crime para a Teoria do Consenso está de certa forma ligada à ideia de Anomia[35], ou seja, o crime estaria presente na ausência ou na desintegração das normas sociais[36]. Portanto, a convergência do crime para a Teoria do Consenso, como para Teoria da Anomia estaria centrada na crise da estrutura cultural que se verifica especialmente quando existe uma forte discrepância entre normas e a quebra de valores, por quem viola a norma.

Para o pensamento de *Durkheim*, o crime é um fenômeno normal de toda sociedade[37]. Sobretudo, por meio dele pode haver aspectos para mudança social, através do reforço da solidariedade entre os indivíduos, a surgir um pensamento comum de maior rechaço a certas condutas delitivas, podendo, assim, aumentar a consciência comum entre os membros da sociedade. No entanto, o crime passa a ser preocupante quando ultrapassados os limites que corrompem a estrutura social. Consequentemente, surgiria um estado de desorganização, no qual os sistemas de regras perdem o valor.

Assim, em seu norte, o crime teria como fator preponderante a falta de coesão na consciência coletiva. Pois, quanto mais forte essa consciência fosse, maior seria a inibição das manifestações criminosas. De tal forma, a consciência reagiria de modo enérgico contra qualquer pequeno desvio, mesmo que insignificante, caracterizando-o como criminoso[38]. Por esse viés, se é normal

35. Para Bauman, "a ausência, ou mera falta de clareza, das normas – anomia – é o pior que pode acontecer às pessoas em sua luta para dar afazeres da vida, as normas capacitam tanto quanto incapacitam; a anomia anuncia pura e simples incapacitação". BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida.* Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 31.

36. SHECAIRA, Sérgio. *op. cit.,* 2013. p. 189.

37. "O crime é, portanto necessário; está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social e, precisamente por isso, é útil; porque estas condições a que está ligado são indispensáveis para a evolução normal da moral e do direito". DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico.* Trad. Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 85.

38. A consciência coletiva pode ser entendida como o conjunto de crenças, valores e sentimentos comuns que são necessários para integrar a sociedade. Seria essa consciência que garante um bem-estar entre todos. Nas palavras de Durkheim, "A consciência

uma sociedade onde há crimes, também seria normal sua punição. Na visão criminológica de *Durkheim*, a pena deve satisfazer a consciência coletiva, ferida pelo ato cometido por um dos membros da sociedade (uma resposta de satisfação à sociedade pelo ato que todos reprovam).

Durkheim parece andar na contramão do Direito Penal, posto que a função essencialmente retributiva da pena, onde o fundamento da aflição é a mera retribuição do mal pelo mal faz parte de uma doutrina penal ultrapassada que despreza as funções educativas e preventivas, resgatadas no pensamento penal. Mesmo que seu pensamento esteja vinculado à sociedade do final do século XIX, em seu tempo já havia a presença das Teorias Correcionalistas[39], que se firmavam pela ponderação de que a pena deve ser também correcional, caso contrário, seria injusta.

Pode-se afirmar que pensadores como *Dorado Montero* e *Concepción Arenal,* considerados como progressistas para a época, faziam esse contraponto ao sentido da pena em *Durkheim*. Pois, para a *Escola Correcionalista* caberia à sociedade ajudar para a melhoria e ressocialização do infrator. Mesmo em que a ação delitiva tem sua causa total no indivíduo delinquente, entretanto, de forma igual, o meio social deve lhe fazer o bem. Por exemplo, um hospital não pode negar assistência a um enfermo com vícios[40].

---

moral da sociedade se manifestaria por inteiro em todos os indivíduos e com uma vitalidade suficiente para impedir todo ato que a ofendesse, tanto as faltas puramente morais como os crimes". *Ibidem,* p. 84.

39. O sistema reformador tem um forte elo com os positivistas da teoria correcionalista, cujo fundador foi o filósofo germano Karl Christian Krause. Não obstante, os principais expositores da teoria serem o filósofo belga Heinrich Ahrens e o penalista alemão Karl Röder. Ver RÖDER, Karl David August. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena, en sus interiores contradicciones*. Tradução para o espanhol por Francisco Giner de los Rios. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislacion, 1870. p. 126-127, os principais seguidores encontram-se na Espanha, como Alfredo Calderón, Concepción Arenal. Ver ARENAL, Concepción. *Obras completas*. Estudios penintenciarios. Tomo V. Madrid: Librería de Victoriano Suaréz, 1895. ver SALILLAS, Rafael. *Doña Concepción Arenal en la ciencia jurídica, sociológica y en la literatura*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1894, ver DORADO MONTERO, Pedro. *El derecho protector de los criminales,* Madrid: Victoriano, 1915. SEGARRA, Gabriela Gomes. *Utopia da ressocialização diante da vitória das mazelas carcerárias:* um olhar voltado mais para a criminologia. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra, 2015. p. 38.

40. ARENAL, Concepción. *Obras completas*. Estudios penintenciarios. Tomo V. Madrid: Librería de Victoriano Suaréz, 1895. p. 260 e ss.

Já no século XX, *Robert Merton,* ao resgatar alguns dos pensamentos de *Durkheim,* entende que a conduta desviante é uma reação normal (esperada) ante as contradições das estruturas sociais[41]-[42] e estruturas culturais[43]. Elas exercem uma pressão definida sobre os indivíduos que os induzem a adotar comportamentos desconformes[44]. Contudo, a ideia de desvio em *Merton* estava atrelada à concepção do crime com motivação patrimonial.

Com o intuito de evidenciar essa motivação desviante, *Merton* usa como exemplo a sociedade americana que tem como objetivo cultural final a ascensão econômica. O *American Dream*[45] seria o que busca a sociedade americana.

41. As Estruturas sociais seriam o conjunto das relações sociais vigentes que regulam a maneira que os membros da sociedade se interagem. Os alicerces que organizam a sociedade, a regular a maneira funcional a sociedade. Exemplos: divisão do trabalho, sistemas legais etc. Cf. MERTON, Robert. *Social theory and social structure*. Nova York: The free press, 1968. p. 672 e ss.

42. Contudo, as estipulações e os impactos das variações das estruturas sociais na sociedade são muito complexas. Merton enumera 14 estipulações diferentes para a análise das estruturas sociais. MERTON, Robert. *Ambivalencia sociológica y otros ensayos*. Trad. José Luis López Muñoz. Madrid: Espasa-Calpe, 1980. p. 146 e ss.

43. Para Anitua, a estrutura cultural seria "um complexo de representações axiológicas comuns que regulam o comportamento dos membros de uma sociedade ou um grupo, costuma oferecer aos indivíduos, em cada momento determinado do desenvolvimento da sociedade alguns valores. Em primeiro lugar, propõe metas que são os motivos fundamentais para orientar seu comportamento: na sociedade norte-americana que Merton descrevia com um certo grau de bem-estar e, sobretudo, sucesso econômico. A estrutura cultural proporciona igualmente alguns modelos de comportamento institucionalizados, que serão provedores dos meios legítimos para alcançar essas metas". ANITUA, Gabriel Ignacio. *A história dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008. p. 475.

44. García-Pablos de Molina ao referenciar o pensamento de Merton discorre que a conduta delitiva decorre de uma disfunção na estrutura social, em suas palavras: "existía una acusada tendencia en la teoría psicológica y sociológica de los dos últimos decenios a atribuir el funcionamiento defectuoso de las estructuras sociales a las deficiencias del control social sobre los impulsos biológicos imperiosos del hombre. A su juicio, sin, embargo, la frecuencia variable de la conducta disconforme o desviada y hecho comprobado de que ésta sigue pautas y formas distintas en las diferentes estructuras sociales contradicen tal hipótesis." GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.,* 2014. p. 790.

45. "O *American Dream*, que destina ao consumo e ao dinheiro, como símbolo de prestígio, papéis relevantes, acaba tornando-se uma referência, um padrão da sociedade como um todo". SHECAIRA, Sérgio. *op. cit.,* 2013, p. 196. É como se em cada nível de renda, cada americano quisesse 25% a mais do que aquilo que tem. Cf. MERTON, Robert. *Social theory and social structure*. Nova York: The free press. 1968. p. 188.

Para tanto, ao buscar esse objetivo, a sociedade se destina ao consumo e ao dinheiro como um padrão social. Muitos indivíduos almejando os fins culturais (muitas vezes econômicos) utilizam de meios ilegítimos (quebra das regras sociais vigentes) para alcançar essas "metas sociais". Posteriormente, *Merton* cria uma separação entre objetivos e meios, consequente da tensão provocada pela redução da dedicação dos homens aos objetivos culturalmente determinados ou aos meios institucionalizados[46], o que irá chamar de adaptações individuais (sendo elas: *conformismo, inovação, ritualismo, evasão* e *rebelião*).

De tal forma, a perda dos valores vigentes e a busca desacerbada pelos objetivos culturais levariam ao desvio. Nesse pensamento, onde há um vácuo de regras é lá que a criminalidade nasce[47]. Para os autores funcionalistas, o crime atua como um fenômeno natural da sociedade, do qual pode ajudar a comunidade a refletir sobre seus valores e crenças, podendo, ainda, amparar a sociedade e redefinir sua ordem moral e fortalecê-la pelo aprendizado da violação da lei.

4. A formação da prevenção no pensamento consensual-funcionalista: a teoria dos sistemas aplicada ao direito penal

As contribuições de *Durkheim* e *Merton* influenciaram sem sombra de dúvidas o pensamento estrutural-funcionalista, e posteriormente, a formação de um conjunto de teorias que aparecem no seio da sociologia jurídica alemã moderna (também denominada de teoria sistêmica)[48], a destacar no Direito Penal, *Amelung*[49], *Otto*[50], e seu maior expoente *Jakobs*[51] influenciados pelo pen-

46. "Merton descobre os meios logicamente possíveis para que as pessoas possam adaptar-se a essa separação, podem aceitar ou rejeitar os meios institucionalizados". COHEN, Albert. *Transgressão e Controle*. Trad. Mirian Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira, 1968. p. 164.

47. Usando de preceitos o "poder-corpo" de Foucault, que pode ser resumido na máxima: "o poder não se tem, o poder se exerce". FOUCAULT, Michel. Poder-corpo. *In*: *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado (org.). 24. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1998, p. 146.

48. SHECAIRA, Sérgio. *op. cit.,* 2013. p. 203.

49. Amelung enumera o perigo social com fundamento do Direito Penal, sendo o bem jurídico objeto de mensuração dessa danosidade social. AMELUNG, Knut. El concepto 'bien jurídico' en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. *In*: *La teoría del bien jurídico:* fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 243.

50. OTTO, Harro. Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre. 7. Aufl. Berlin: W. de Gruyter, 2004. E, OTTO, Harro. Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates. Juristische Ausbildung, 2001.

samento do sociólogo alemão *Luhmann*[52]. A sociologia alemã exportou ideias divergentes do funcionalismo consensual. No contraponto, sob a ótica de uma Teoria Social advinda do conflito, os pensadores da *Escola de Frankfurt* influenciaram grande parte das Ciências Penais. Sobretudo, em uma ótica interdisciplinar, que envolve: a sociologia, a filosofia, o direito e a psicologia, podendo destacar os autores: *Adorno*[53], *Horkheimer*[54], *Marcuse*[55], *Fromm*[56], *Habermas*[57], *Honneth*[58] e *Benjamin*[59].

Assim como nas premissas de *Durkheim,* para *Luhmann* a função da sanção penal é manter intacta a coesão social, reafirmando a validade da consciência coletiva, a fim de resguardar o consenso coletivo que habita e rege a sociedade. *Luhmann,* de uma maneira muito complexa e hermética, cria a Teoria

51. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003; JAKOBS, Günther. *Tratado de Derecho Pena*l: parte general, fundamentos e teoria de la imputación. Trad. Joaquím Cuellos Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. edición, corrigida. Marcial Pons: Madrid, 1997.

52. LUHMANN, Niklas. *op. cit.,* 1983.

53. ADORNO, Theodor. *Indústria cultural e sociedade*. Trad. Juba Elisabeth Levy *et al*. São Paulo: Paz e Terra, 2002; ADORNO, Theodor. *Teoria Estética*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1979; ADORNO, Theodor. *Dialética negativa*. Trad. Marco Antonio Casanova; revisão técnica Eduardo Soares Neves Silva. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

54. HORKHEIMER, Max. *Teoria crítica:* uma documentação. Trad. Hilde Cohn. Perspectiva: São Paulo, 1990.

55. MARCUSE, Herbert. Industrialisierung und Kapitalismus im Werk Max Webers. *In*: STAMMER, Otto (org.). *Max Weber und die Soziologie Heute*: Verhandlungen des 15. Deutschen Soziologentages. Tübingen: Mohr, 1965; MARCUSE, Herbert. *El Hombre Unidimensional*: ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada. Traducción Antonio Elorza. Barcelona: Planeta Agostini, 1993.

56. FROMM, Erich. *Análise do Homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1960; FROMM, Erich. *Psicanálise da* Sociedade Contemporânea. São Paulo: Círculo do Livro, 1984.

57. HABERMAS, Jürgen. A positivistically bisected rationalism. In: ADORNO, Theodor W.; ALBERT, Hans; DAHRENDORF, Ralf; HABERMAS, Jürgen; PILOT, Harald; POPPER, Karl. *The positivist dispute in German sociology*. London: Heinemann, 1976. p. 198-225; HABERMAS, Jürgen. Trabalho e interação. In: HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como 'ideologia'*. Lisboa: Edições 70, 1979.

58. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

59. BENJAMIN, Walter. Kapitalismus als Religion. Gesammelte Schriften VI. In: *Gesammelte* Schriften. Unter Mitwirkung von Theodor W. Adorno und Gershom Scholem, herausgegeben von Rolf Tiedemann und Hermann Schweppenhäuser. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1991. p. 100-103.

Sistêmica, onde em apertada síntese, sugere que a sociedade seria um sistema social maior, onde dentro dele haveria outros sistemas menores como: sistema jurídico, político e econômico[60]. Já para a garantia das relações harmoniosas das estruturas deve haver uma autoproteção das ameaças externas (crime) que corrompem a coesão social[61]. Partindo da premissa a necessidade de um sistema que se autodefenda, conhecido como: *sistema autopoiético*[62].

Sobre o *sistema autopoiético*, *Luhmann* vai buscar na biologia os conceitos dos biólogos chilenos *Varela*[63] e *Maturana*[64] a ideia de *autopoiese* para a sociologia. Segundo os biólogos, os seres vivos são uma rede fechada de moléculas que geram interações entre si. Contudo, essa rede fechada blinda que ameaças externas (bactérias) penetrem no sistema causando danos. A ideia central de *Luhmann* foi trazer esse conceito biológico para o sistema social. O sistema jurídico agiria como célula de defesa na garantia das interações entre as pessoas, devendo proteger das ameaças que possa corromper esse sistema por meio do crime.

O sistema jurídico não tem, pois, outro objetivo senão repor a normalidade daquilo que foi desnormalizado pelo crime, a fim de resguardar a ordem social e a consciência coletiva. "Os funcionalistas seguidores de *Luhmann* acreditam que o poder punitivo produzirá o consenso pela pena que não foi conseguido com as relações sociais"[65]. Assim, as pessoas passarão a crer que o poder pu-

60. LUHMANN, Niklas. *op. cit.,* 1997, p. 47.

61. SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal y autopoiesis Reflexiones acerca de los Sistemas Penales Sociológicos Cerrados. *Revista Derecho Penal y Criminología*. v. XXXIII, n. 94, enero-junio. 2012, p. 75-95; 82.

62. "La sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se reproduce autopoiéticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas. La emergencia de un sistema tal incluye comunicaciones –ya que éstas sólo son susceptibles de continuarse internamente– y excluye todo lo demás. La reproducción de un sistema así exige, pues, la capacidad de discriminar entre sistema y entorno. Las comunicaciones pueden reconocer comunicaciones y distinguirlas de otros estados de cosas que pertenecen al entorno, en el sentido de que es posible comunicarse acerca de ellos pero no con ellos". LUHMANN, Niklas. *Complejidad y Modernidad:* de la unidad a la diferencia, ed. y trad. J. Berian y J. M. García Blanco, Madrid: Trotta, 1998, p. 59.

63. VARELA, Francisco. *El fenómeno de la vida*. Santiago de Chile: Dolmen, 2000.

64. MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. Trad. Cristina Magro, Miriam Graciano e Nelson Vaz (orgs.). Belo horizonte: Ed. UFMG, 1997.

65. SHECAIRA, Sérgio. *op. cit.,* 2013, p. 206.

nitivo faz o que em realidade não faz, mas que como as pessoas acreditam que faz, e disso resultará o consenso[66], a consagrar o pensamento de *Durkheim* sobre a necessidade da reafirmação e satisfação da consciência coletiva existente na sociedade.

Portanto, para a *Teoria Sistêmica* de *Luhmann* adota-se um enfoque *sintomatológico*, preocupa-se mais com a manifestação de uma disfunção no sistema do que as causas de conflito que podem haver dentro do sistema[67]. Todavia, a missão do Direito Penal não se limita a proteger bens jurídicos, mas sim, funções[68]. E exatamente nessa esteira que aparece o pensamento polêmico de *Günther Jakobs*[69], segundo o qual:

> (…) o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade[70].

Entretanto, *Shecaira* ressalva:

> *Jakobs* conduz o ideário funcionalista as suas ultimas consequências. Seu pensamento, por ser extremo, e de certo modo isolado, não pode ser utilizado como instrumento de ataque genérico ao funcionalismo. Muitos autores funcionalistas trataram de incorporar às suas teorias o respeito aos princípios mais caros do Direito Penal. Podemos citar, por exemplo, toda a escola

66. ZAFFARONI, Eugênio. *La palavra de los muertos:* conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 211.

67. Cfr. tradução nossa de GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.,* 2014. p. 800.

68. Assim, expressamente OTTO, AMELUNG, JAKOBS, cfr. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Revista Doctrina Penal*, año 8, nº 29, Buenos Aires, Argentina, 1985. p. 9-26, p. 13. Yarochewsky lembra que, para Baratta, no funcionalismo a pena é dirigida principalmente aos cidadãos fiéis à lei, aos que manifestam uma tendência espontânea a respeitá-la. YAROCHEWSKY, Leornado. A influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann na teoria da pena. Ciências Penais. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, ano 1, n. 0, 2004. p. 295.

69. SHECAIRA, Sérgio. *op. cit.,* 2013, p. 206.

70. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo:* noções críticas. 2. ed. Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 22.

> do pensamento liderada na Alemanha por *Claus Roxin*[71-72], que é tido como um penalista com uma visão funcionalista moderada[73].

O ponto de equilíbrio das teorias de pensamento consensual-funcionalista consiste em que se coloque o centro de atenção para o sistema social, sempre preservando pelo seu bom funcionamento, produzindo um eficaz consenso coletivo na sociedade. Nos moldes de *Durkheim*, através dessa coesão que haverá maior consciência coletiva e confiança em toda estrutura social.

5. A ineficácia da prevenção do modelo funcionalista para crimes culturais: o mito da garantia do consenso social

Trazendo essas premissas sociológicas para o campo das teorias jurídico-penais contemporâneas, o castigo deve servir como meio de integração das estruturas sociais em torno do Direito. Nesse diapasão:

> (…) a figura do medo da criminalidade é um sentimento que produz união. Afinal, em situações de fragilidade de um grupo, há de ter algo para uni-lo. E esse algo é o combate a criminalidade, o objetivo comum a todas as pessoas[74].

No contraponto, nota-se que esse objeto comum não é algo ontológico, uma realidade, senão algo construído[75]. Muitas vezes, *o medo do crime* é um

71. "El aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Conforme a ello, la pena tiene la misión de demonstrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo". ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito. Trad. Diego Luzón Peña; Miguel Diaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003, p. 91.
72. Ver também, ROXIN, Claus. *Politica criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed., reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2002; ROXIN, Claus *et al*. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. Editor Enrique Díaz Aranda. 2. ed. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2002.
73. SHECAIRA, Sérgio. *op. cit.,* 2013, p. 207.
74. BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da Pena:* do discurso jurídico à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 125.
75. "Fácil de notar isso é constatar o tanto de pessoas que nunca foram vítimas de delito algum, mas têm medo de sê-lo. Ao contrário, o tanto de pessoas que temem ser vítima fatal de um acidente de trânsito". BOZZA, Fábio da Silva. *op. cit.,* 2013, p. 125.

instrumento usado para manipulação por veículos de massa, com intuito da imposição de uma ideologia[76].

Nesse pensamento, o crime revigora os valores éticos e a solidariedade social. Por exemplo, ao mostrar que os crimes de corrupção (vide os casos *mensalão* e *lava-jato*) ensina-se ao povo o que é *delação premiada*, *condução coercitiva, peculato*, *lavagem de dinheiro*, *evasão de divisas*. Criando assim um sentimento geral de fracasso moral que deve ser combatido.

Entretanto, não corroboramos com essas premissas, pois esse chamamento à punição muitas vezes vem seguido de excesso midiático, o qual em inúmeras ocasiões atua como o indutor de uma punição antecipada. Em certo ponto, as mensagens expostas podem ser entendidas como uma demonstração da realidade com visão política previamente determinada.

Essa construção funcionalista também é inteiramente política. De tal maneira que a sociedade dominante com base nos seus valores, julgamentos conservadores e políticos, toma de exemplo somente contra aquilo que lhe convém, assim, o autoritarismo estatal, nas formas de violência policial e as arbitrariedades judiciais não ganham corpo como atos a serem extirpados e superados. Ademais, as autoridades judiciárias que seguem esse pensamento são alçadas a *status de heróis*.

Vale lembrar que esse embasamento jurídico acompanhado de uma ampla difusão midiática criou um substrato criminológico, no qual transformou a criminalidade em um comércio lucrativo. As companhias de segurança lucram cada vez mais quando há uma consciência coletiva que acredita em um combate colossal contra qualquer tipo de criminalidade. Seguindo este viés, a indústria de armas e segurança segue em franca expansão, vide as propostas de *revogação do estatuto do desarmamento*.

---

76. Já no pensamento de Marx e, posteriormente em Gramsci, encontramos essas ideias. Para o primeiro, a ideologia seria um instrumento pelo qual as representações que os homens elaboram suas realidades são tidas como a própria realidade. MARX, Karl. *A ideologia alemã*. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 53. Já Gramsci entende como formador de ideologia: "o conjunto das organizações responsáveis pela elaboração ou difusão das ideologias, compreendendo o sistema escolar, as igrejas, os partidos políticos, os sindicatos, as organizações profissionais, a organização materializada da cultura (revistas, jornais, editoras, meios de comunicação de massas), etc, e a sociedade política como o estado no sentido estrito (...) formada pelo conjunto dos mecanismos através dos quais a classe dominante detém o monopólio legal da repressão e violência, e que se identifica com os aparelhos de coerção sob controle das burocracias executiva e policial-militar". GRAMSCI, Antônio. *Concepção Dialética da História*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 76 e ss.

Muitas das construções dogmáticas vigentes (principalmente presente em inúmeras faculdades de direito brasileiras e em grande parte da doutrina nacional) atendem a esse modelo de legitimação do poder penal, como instrumento de intervenção do Estado na liberdade individual, a resultar na redução das garantias processuais e individuais em prol da coesão social.

No *mainstream* dogmático encontram-se os ideais de reduzir a possibilidade de incidência do Direito Penal, dos quais, os alemães *Roxin*[77], *Hassemer*[78] e *Schünemann*[79], que, ainda acreditando na missão do Direito Penal de reduzir a criminalidade, produzem suas teorias sempre direcionadas à proteção de bens jurídicos[80].

Na América do Sul encontra-se o que poderia classificar como funcionalismo redutor[81]. *Zaffaroni*[82], *Batista*[83], *Tavares*[84] e *Cirino Dos Santos*[85] que nas palavras de *Bozza*,

> (…) que ao não reconhecerem qualquer finalidade positiva à pena (como creem os alemães), propõem um Direito Penal voltado a proteção do indivíduo que praticou a conduta ilícita, preocupam-se com a garantia dos princípios penais e processuais ao selecionado pelo sistema criminal[86].

Aqui, o Direito Penal não tem como função a proteção das normas penais, mas sim, a proteção do indivíduo ante aos autoritarismos do próprio Estado punitivo.

77. ROXIN, Claus. *op. cit.,* 2003.
78. HASSEMER. Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal.* 2. ed. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
79. SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal:* Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.
80. BOZZA, Fábio da Silva. *op. cit.*, 2013, p. 136.
81. Nomenclatura usada por Fábio Bozza. BOZZA, Fábio da Silva. *op. cit.,* 2013, p. 136.
82. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
83. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro.* Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
84. TAVARES, Juarez. *Teoria do Delito*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.
85. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da Pena:* fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal:* Parte Geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.
86. BOZZA, Fábio da Silva. *op. cit.,* 2013, p. 136 e ss.

Entretanto, o funcionalismo na sua vertente extrema, parece não satisfazer com exatidão o problema de certos tipos de criminalidade, e ficando mais evidente sua ineficiência aos delitos tidos com subculturais. Pois, essas teorias que legitimam a pena como forma de coesão social e reafirmação na consciência coletiva não respondem de forma satisfatória por que existe uma criminalidade que não persegue lucros, e por que seus crimes estão inseridos dentro de uma cultura que subverte e rechaça os valores dominantes, atuando de forma criminosa para a sociedade dominante, mas dentro de um código de regras de uma subcultura[87].

Sobre a questão, *Albert Cohen* ao estudar o estruturalismo de *Merton* analisou o problema da criminalidade delinquente, principalmente a questão da criminalidade juvenil[88]. Ao referenciar *Cohen*, *Garcia-Pablos de Molina* aduz que:

> (…) o juízo do comportamento criminal juvenil se produz mais em grupos do que na forma individual. E a maioria das vezes versa sobre uma rebelião simbólica (não utilitária), maliciosa e negativa (destrutiva) contra os valores das classes dominantes por parte dos indivíduos das classes mais baixas da sociedade que pretendem, desse modo, conseguir um *status* e consideração dentro do próprio grupo[89].

Na criminalidade cultural, as ideias da função da pena como prevenção geral e especial[90] tornam-se inócuas. De tal forma que uma população vive em uma subcultura, como exemplo extremo: a subcultura carcerária, as regras inerentes a esse indivíduos são as do cárcere. A eles, pouco importa a intimidação da punição, e muito menos as normas e os valores majoritários que esse

87. "El estudio de la subcultura en Gran Bretaña evolucionó a partir de una tradición de etnografía urbana cuyos inicios se remontan al siglo XIX: los trabajos de Henry MAYHEM y Thomas ARCHER, y las novelas de Charles DICKENS (Oliver Twist – 1838) y Arthur MORRISON (A child of the Jago – 1896). Durante los años cincuenta, Albert COHEN y Walter MILLER trataron de suplir la inexistente perspectiva teórica rastreando continuidades y rupturas entre los sistemas de valores dominantes y subordinados". HEBDIGE, Dick. *Subcultura:* el significado del estilo. 3. impresión. Trad. Carles Roche. Barcelona: Paidós, 2014, p. 106 e ss.

88. COHEN, Albert. *Delinquent Boys:* the culture of the gang. New York: The Free Press, 1955, p. 28 e ss.

89. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.,* 2014. p. 797.

90. Para a leitura mais detalhada do tema, sobre a ineficiência das prevenções: especial positiva; especial negativa; geral positiva e geral negativa, ver BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da Pena:* do discurso jurídico à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

modelo penal quer estabelecer e garantir, pois essa ética dominante não tem nenhum sentido dentro dessa subcultura. Agora, muito importa as normas e valores internos do cárcere, uma vez que são essas regras que regulam o grupo resultando tanto na ascensão quanto na eliminação do sujeito.

Já para a doutrina funcionalista extrema, a pena – como qualquer outra instituição social – não se justifica por razão dos supostos fins e ideais que se atribuem à mesma (retribuição, prevenção geral e prevenção especial), mas por funções que efetivamente cumpre a ordem de conservação do sistema de confiança dos indivíduos em seu bom funcionamento[91]. O que de fato é mais ineficaz ainda, pois torna esse pensamento em política criminal de prática viciosa, repetitiva e sem efeitos consideráveis, a resultar somente no encarceramento de potenciais delinquentes a serem criminalizados pelos órgãos de controle social formal, tudo em prol do correto funcionamento do sistema social.

Além dos exemplos das subculturas de delinquentes juvenis de *Cohen*, como a subcultura carcerária e o universo do cárcere muito bem ilustrado por autores como: *Erving Goffman*[92], *Donald Clemmer*[93], *Gresham Syes*[94], *Augusto Thompson*[95], *Kelsey Kauffman*[96], *Antoinette Chauvenet*[97], e até mesmo na literatura brasileira, com *Draúsio Varela*[98]. Assim, há muitos outros comportamentos que contrapõem os valores dominantes que são considerados delinquentes. Um comportamento criminoso pode ser classificado por critérios especificamente políticos sob a imposição de uma ideologia da maioria dominante e conformista, a eliminar esses sujeitos de comportamento desviante e culpável, e ainda, cerceado qualquer garantia processual, pois contrapõe ao sistema de valores dominante[99].

---

91. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.*, 2014. p. 804.
92. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.
93. CLEMMER, Donald. *The Prison Community*. 2. ed. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1958.
94. SYKES, Gresham. *The Society of Captives*: A Study of a Maximum Security Prison. New Jersey: Princeton University Press, 1974.
95. THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
96. KAUFFMAN, Kelsey. *Prison Officers and Their World*. Massachusetts: University Harvard Press, 1988.
97. CHAUVENET, Antoinette; ROSTAING, Corinne; ORLIC Françoise. *La violence carcérale en question*. Paris: Presses universitaires de France, 2008.
98. VARELA, Draúsio. *Estação Carandiru*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
99. *Cfr.* BARATTA, Alessandro. *op. cit.*, 2013, p. 75.

Do ponto de vista político-criminal, grande parte das teorias funcionalistas responde a fundamentos claramente conservadores, pugnando pela manutenção do *status quo* dos sistemas sociais vigentes. Tal perspectiva potencializa a reação penal como via mais eficaz de garantir a coesão social. Entretanto, a teoria funcionalista polariza como centro de gravidade a investigação exclusivamente em torno da criminalidade disfuncional, ou seja, a criminalização aberta e ostensiva das classes mais baixas[100].

O que de fato torna uma política criminal viciosa, autofágica e que não atenta-se às manifestações externas de um conflito de valores existente dentro do próprio sistema social, como é o caso dos delitos culturais. Sobretudo, a questão que se abre é a necessidade de uma nova teoria do delito, a qual abandonaria as *Teorias do Consenso* já vistas, e solidificar-se-ia sob a exegese da *Teoria do Conflito*, com o intuito de entender melhor as construções sociológicas dos modelos de *Rebelião* de *Merton*, e se haveriam uma divisão política dos valores e regras de subgrupos criminalizados.

6. As teorias do conflito: o contraponto necessário na questão criminal

Com pensamento de cunho social, baseada nas ideias de *Marx*[101], as Teorias do Conflito partem, em oposto, de uma teoria geral da sociedade na qual o conflito é fundamental[102]. O horizonte macrossociológico – dentro da qual estuda a criminalidade e os processos da criminalização – é analisado por esta sociologia do conflito, que se afirma nos Estados Unidos e na Europa e se desenvolve inicialmente na metade dos anos 50.

Esse modelo difere-se de maneira antagônica da perspectiva de consenso. Para a teoria do conflito, as ordens na sociedade são fundamentadas na força e na coerção[103], no intuito da dominação de alguns sujeitos por outros, tudo

100. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.,* 2014. p. 808. Nesse diapasão, Siegel argumenta que as teorias socioestruturais ignoram a criminalidade de classe média e das classes mais privilegiadas da sociedade. SIEGEL, Larry. *Criminology.* 11th ed. University of Massachusetts, Lowell: Cengage Advantage Books, 2012, p. 191.

101. MARX, Karl. *Miséria da Filosofia.* Trad. Miguel Macedo. São Paulo: Editora Flama, 1946; MARX, Karl. *As lutas de classes na França de 1848 a 1850*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012; MARX, Karl. *Lutas de Classes na Alemanha*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010; MARX, Karl. *18 Blumário de Luís Bonaparte*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

102. FURQUIM, Saulo Ramos. *op. cit*. 2015. p. 99.

103. BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal.* Trad. ÁIvaro Búnster. 1. impr.– Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 123. Em

em prol da estabilidade da sociedade[104]. Tanto *Coser* como *Dahredorf* adotam como ponto de partida para suas construções da definição formal de conflito:

> (…) uma luta sobre valores e pretensões para a obtenção de *status* social, poder e recursos, na qual as interações dos oponentes estão em neutralizar ou eliminar a seus rivais[105].

Aduz *Shecaira* que coube ao holandês *Willen Bonger* a primazia de trazer as premissas do conflito para o âmbito da criminologia no início do século XX[106], com a obra *Criminalité et conditions économiques*, de 1905[107]. Pensamentos

igual sentido, sobre a criminologia do conflito, Baratta completa: "con el enfoque de la reacción social, que tienen en común con las teorías interaccionistas, otro grupo de teorías sobre la criminalidad, de las cuales queremos ocupamos, ha desarrollado, en cambio, desde una perspectiva declaradamente macrosociológica, el elemento del conflicto como principio explicativo fundamental de los procesos de criminalización, entendidos como procesos de definición y atribución de estatus criminales. Se designan, por ello, con el nombre de teorías del conflicto o teorías conflictuales de la criminalidad". *Ibidem*, p. 125 e ss.

104. No que diz respeito ao surgimento histórico deste pensamento, Baratta preleciona "la explosión de las luchas raciales y del disenso sobre Vietnam en la sociedad estadunidense, así como en el mundo socialista los hechos de Budapest y de Berlín (más tarde Praga), son los signos dramáticos de una realidad en movimiento que ya no es posible mistificar con los modelos de la estabilidad, del equilibrio, de la homogeneidad de los intereses y del consenso, con los cuales las teorías estructural funcionalistas describen y explican los sistemas-sociales". *Ibidem,* p. 125.

105. Conforme suscita Baratta, a diferença entre as definições de conflito de Dahrendorf e Coser é evidente. Para Coser, o *poder é* um dos possíveis objetos de conflito entre outros bens materiais e imateriais. Para Dahrendorf, no entanto, o conflito é, como já foi visto, sempre redutível à energia ou aos fundamentos do domínio. BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal, compilación* in memoriam. Editorial IBdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2004, p. 252. Já Figueiredo Dias e Costa Andrade, contrapõem o modelo de conflito, os modelos de Marx e de Dahrendorf: "Estes modelos apartam-se, desde logo, quanto as raízes ou causas do conflito. O conflito em Marx é um conflito entre duas classes, definindo-se estas pela posição quanto a propriedade dos meios de produção. Dahrendorf, por seu turno, além de não reconhecer uma linha unitária de divisão e conflito, privilegia, quer como critério de definição da classe, quer como fonte do conflito, a distribuição desigual da autoridade". DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *op. cit.,* 2013, p. 254 e ss. Para Shecaira, um dos principais autores na defesa da ideia, segundo a qual a sociedade está fundada no conflito foi Marx. SHECAIRA, Sergio Salomão. *op. cit.,* 2013, p. 124 e ss.

106. SHECAIRA, Sergio Salomão. *op. cit.,* 2013, p. 124 e ss.

107. BONGER, Willen Adriaan. *Criminalité et conditions économiques*. Amsterdam: Maas & Van Suchtelen, 1905.

que seriam desenvolvidos inicialmente pelas obras de *Dahrendorf*[108] e *George Vold*[109], atuando como os pioneiros do enfoque conflitual, firmaram os postulados básicos da *Sociologia do Conflito*. Já para *Coser*[110] e *Simmel*[111] interessa os postulados do conflito em uma análise funcionalista sob as apreciações do desvio social. Posteriormente, nas obras de *Turk*[112], *Quinney*[113], *Chambliss* e *Seidman*[114] foram tratados aspectos da criminalidade real dos EUA, chamando a atenção para os extremos da desigualdade e o funcionamento da justiça americana como um genuíno instrumento de controle social.

Consequentemente, para o modelo de conflito, refuta-se a ideia de coesão dos valores dominantes, pois, nesta visão, as ordens na sociedade são fundadas em força e coerção, no intuito da dominação de alguns sujeitos por outros[115]. O conflito se define, desde logo, pela natureza do próprio sentido do vocábulo: corresponde a uma ideia de mudança em vez de coesão, de conflito em vez de harmonia, de coerção em vez de anomia[116].

7. A hierarquia de valores sociais e as construções políticas do delito no universo do conflito cultural e da criminalidade

Para o estudo proposto, o conflito cultural é o que merece maior relevância. Pode-se dizer que na sociedade há comportamentos culturais que, trazendo para questão as lições de *Welzel*, têm sua *adequação social ao direito*. Por isso, segundo *Welzel* "deve-se compreender também o caráter do delito, sempre e somente através de uma referência as ordens morais da vida social"[117]. De tal

108. DAHRENDORF, Ralf. *Class and Class Conflict in Industrial Society*. Stanford: Stanford University Press, 1959; DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno:* um ensaio sobre a política da liberdade. Trad. Renato Aguiar e Marco Antônio Esteves da Rocha. Zahar, Rio de Janeiro, 1992.

109. VOLD, George. *op. cit.*, 1958.

110. COSER, Lewis. *Nuevos aportes a la teoría del conflito social*. Buenos Aires: Amorrotu, 1970.

111. SIMMEL, Georg. *Conflict and The web of group-affiliations*. New York: Free Press, 1955.

112. TURK, Austin. *Criminality and Legal Order.* Chicago*:* Rand McNally, 1969.

113. QUINNEY, Richard. *The Social Reality of Crime*. Boston: Little Brown, 1970.

114. CHAMBLISS, Willian; SEIDMAN, Robert. *Law, Order and Power.* Reading: Addison-Wesley, 1971.

115. FURQUIM, Saulo. *op. cit.,* 2015, p. 100.

116. *Cf*. DAHRENDORF, Ralf. *op. cit.,* 1982, p. 107 e ss.

117. Segundo Welzel: "acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera

forma, o conflito cultural nasce dessa *adequação social* a algumas condutas culturais por seu rechaço, e até mesmo a criminalização de outras condutas.

Entretanto, *Vold* classifica o comportamento criminoso dentro de um conceito conflitual, como sendo um comportamento normal, aprendido (referenciando os pensamentos de Sutherland sobre os processos de aprendizagem[118]) através da interação ou da ação socialmente determinada[119]. *Gabriel Anitua* ao referenciar o pensamento de *Vold,* adverte que o problema é o do poder de definição desse tipo de comportamento. A afirmar que em sociedade com diferenciais de poder, será catalogado como criminoso o comportamento considerado como negativo ou indesejável pelos grupos majoritários ou mais poderosos. E serão criminosas aquelas minorias sem poder para definir de outra forma suas condutas. Sendo assim, as instituições estatais definirão as condutas de acordo com os valores políticos prevalecentes ou do grupo dominante[120].

Nesta mesma linha de arguição, *Dahrendorf* elenca as premissas do chamado modelo de conflito: "toda sociedade está, a cada momento, sujeita a processos de mudança, e a mudança social é ubíqua"[121]. De tal sorte, pode-se entender que a sociedade está sempre exposta ao processo de mudanças, assim, as pessoas lutam pelo reconhecimento de valores desemparados pelo consenso geral.

Todavia, surgem movimentos que buscam o reconhecimento de seus valores, os quais foram suprimidos pelos valores maiores. Exemplos: os movimentos feministas (vide a *Marcha das Vadias*), os movimentos homossexuais (*Parada LGBTI)*, os movimentos em busca de moradia e terras (*Movimento dos Trabalhadores Sem Teto e Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra*) e os

subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas. Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia". WELZEL, Hans. *Derecho Penal:* Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 63.

118. SUTHERLAND, Edvin. *Crime do Colarinho Branco:* versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 338.

119. ANITUA, Gabriel Ignacio. *A história dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2008. p. 602 e ss.

120. "O pensamento de Vold não fazia referência expressa às classes sociais e falava em grupos, os que respondem a interesses concretos. Como estes interesses comuns dos indivíduos, os grupos serão mutáveis e responderão ao interesse por satisfazer essas necessidades". ANITUA, Gabriel Ignacio. *A história dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2008. p. 603 e ss.

121. DAHRENDORF, Ralf. *op. cit.*, 1982, p. 148 e ss.

movimentos de resistência popular em busca de direitos sobre transporte (*Movimento Passe Livre*) movimentos pela educação (*Movimento de Ocupação das Escolas Públicas por Estudantes Secundaristas)*.

Esses valores conflitantes, ainda, são tidos pelo modelo de consenso como espetáculos públicos ilegais, libertinos, em total subversão à ordem, (enquadrando-se na adaptação individual de *Merton*, no modelo de *rebelião)* a ponderar como ameaça à estabilidade, harmonia à coesão da sociedade e alguns casos, considerados como forma anárquica, e até mesmo podendo ser compreendidos como terrorismo.

No ordenamento jurídico brasileiro, o modelo consensual contra a criminalidade cultural torna-se concreto por meio da *PLC 101/2015 que tipifica o crime de terrorismo,* pois, com base no histórico recente das manifestações no país, o poder punitivo, a fim de coibir ou reprimir os mencionados movimentos sociais, pode provocar um encarceramento em massa de manifestantes por meio dos mecanismos jurídicos contestáveis, com o intuito de extirpar um determinado problema – não se importando que leve a um arcabouço punitivo onde a linha de distinção de outros delitos torna-se vaga e obscura –, "à mercê de um subjetivista conceito de *terror*, (como o caso das condutas dos *black blocks*) que faz de um instrumento penal de exceção à regra"[122]. Assim,

> (…) o conflito ocorre quando, na prossecução dos seus próprios interesses e propósitos, fazem com que os grupos entrem em contradição aos seus valores, no mesmo campo geral de interação[123].

Para *Baratta*, o ponto inicial para o arquétipo de conflito, não parte do campo social e econômico, mas sim da política. Em vez de procurar entender o conflito como decorrência de interesses conflitantes para conservar ou modificar as relações materiais de propriedade e relacionamento político, como resultado desse contato; o conflito, não obstante, é considerado como uma consequência do domínio da relação política[124]. Para tal visão, não é a integra-

122. FURQUIM, Saulo; SEGARRA, Gabriela; VAZ, Maria. *O Expansionismo penal ante a retórica do combate ao terrorismo:* o delírio normativo do Projeto de Lei 2016/2015. Anais do I Seminário Internacional sobre Prisões. São Paulo: USP, 2015, p. 13.

123. FURQUIM, Saulo. *op. cit.,* 2015, p. 101.

124. Em igual sentido, Baratta discorre: "no es difícil reconocer que en este concepto del conflicto y del cambio social y en esta tesis de su carácter universal y Permanente anida una estrategia ideológica reformista dirigida a desplazar la atención del contenido material del conflicto a las formas cambiantes de su mediación política, tomando equivalentes los cambios de estructura y los cambios de gobierno". BARATTA, Ales-

ção da sociedade em torno de valores ou um consenso geral, mas a imposição política que faz com que as organizações sociais tenham coesão[125].

Sobre a construção do delito, *Richard Quinney* propõe seis tipos que formariam *a realidade social do crime*[126]. Sobre a questão política da criminalização, *Quinney,* ao analisar as *construções das concepções do crime,* afirma que em muitos casos:

> (…) as diferentes imagens do crime se constroem e difundem-se como parte de um processo político que impõem uma particular hierarquia de valores e interesses em nome de um suposto *bem comum*[127].

As concepções do crime são regidas por um instrumento de poder, com intenção de oferecer uma certa visão da realidade. Portanto, tais ações configuram-se com *atos políticos*, pois quem ostenta o poder pode impor sua realidade aos outros, e assim, moldar a opinião pública sobre as definições de delito.

Pode-se dizer que, em inúmeros casos, o modelo consensual pratica uma criminalização de cunho político, não só na seara de movimentos antagônicos aos anseios da ordem social. Há também situações de criminalização de expressões culturais tidas pela ordem dominante como inconvenientes e criminosas. Essa criminalização conflitual e a análise da justiça criminal já são estudadas desde os anos 70 pelas obras de *Chambliss* e *Seidman*[128] que em sua tese:

> (…) a justiça penal não é um mecanismo neutro, capaz de resolver pacificamente os conflitos sociais e culturais, sendo uma expressão permanente da nossa sociedade, cuja estrutura e o funcionamento responde aos interesses dos grupos de poder[129].

---

sandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Trad. ÁIvaro Búnster 1. impr. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 127.

125. FURQUIM, Saulo. *op. cit.,* 2015, p. 101.

126. Quinney elenca como modalidades de definição do delitos: a) natureza da definição do crime; b) formulação das definições de crime; c) aplicação das definições de crime; d) desenvolvimento dos modelos de comportamento relativos ao crime; e) construção das concepções de crime; e f) realidade social do crime. QUINNEY, Richard. *The Social Reality of Crime*. Boston: Little Brown, 1970, p. 15 e ss.

127. QUINNEY, Richard. apud. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.,* 2014. p. 901.

128. CHAMBLISS, Willian; SEIDMAN, Robert. *op. cit*, 1971.

129. CHAMBLISS, Willian; SEIDMAN, Robert. apud. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.,* 2014. p. 897.

A extirpação de comportamentos que entram em conflito com o modelo de consenso geral tem como argumento a tutela penal dos conceitos abertos e indeterminados, sempre presente no Direito Penal: *garantia da ordem pública, bem comum*, *interesse público, comoção social* e a *paz pública.*

Ainda sobre o delito de *apologia ao crime*, argumento corriqueiramente usado para tipificar condutas, como cantar músicas conhecidas como *proibidões*[130], pode-se afirmar que a gênese do Direito Penal é inseparável das atividades de grupos de interesse como ilustração, comportamentos e opiniões proferidas por membros de grupos dominantes, onde, inclusive jornalistas, incitam a violência na televisão e redes sociais, ou ainda, em discursos de parlamentares no seio do Congresso Nacional, por meio da propagação de exposições que legitimam a tortura, a violência policial e até mesmo a morte de supostos delinquentes e pessoas de ideologia política adversa não são entendidas como *apologia ao crime* pelos operadores da justiça criminal.

Essas construções moralistas e seletivas seguem os fundamentos que *Chambliss* e *Seidman* já mostravam nos anos 70, a existência das estruturas de poder, e assim, os valores de determinados grupos se impõem aos valores de grupos menores. O ordenamento jurídico não se expressa com neutralidade a um código de valores majoritários, produto do consenso social, concebido de interesses particulares dos grupos dominantes. Desta forma, a possibilidade de que a lei acolha os sistemas de valores próprios de cada um dos grupos que integram uma sociedade pluralista torna-se um devaneio, pois a administração da justiça criminal guarda uma estreita relação com a posição política e econômica com certos grupos[131].

Portanto, sob as premissas do conflito de *Chambliss* e *Seidman*, as agências de controle social formal atuam, tanto na sua estrutura como no seu funcionamento a serviço dos interesses dos grupos de poder que criam ou aplicam o Direito Penal. O interesse coletivo e o bem comum são levados em conta na medida em que coincidem com os interesses particulares dos grupos majoritários[132].

8. Considerações finais

Ao divagar sobre a funcionalidade do sistema penal, o ponto fundamental seria trazer à tona as funções declaradas e as funções latentes do sistema. Pois,

130. Vide denúncia do Ministério Público do Rio de Janeiro na Ação Penal Processo n. 0002438-06.2014.8.19.0001, TJRJ.

131. Cfr. CHAMBLISS, Willian; SEIDMAN, Robert apud. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.,* 2014. p. 898.

132. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *op. cit.,* 2014. p. 898 e ss.

conforme explica *Vera Andrade* há um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pela justiça penal que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade[133].

Esse déficit está centrado no modelo consensual na operação da justiça criminal que atua de forma política, assim, ainda nas palavras de *Vera Andrade*:

> (…) a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizante, e nesse processo reproduzir, material e ideologicamente as desigualdades e assimetrias sociais[134].

Conforme todos os estudos até aqui, afirma-se sem titubear que a função atual da justiça penal não é lutar contra a criminalidade, mas sim, administrá-la, pois o sistema penal é engajado de vontade política quanto à manutenção da *ordem pública* versando suprimir os conflitos na sociedade.

A existência do conflito gera uma espécie de funcionalidade para a manutenção da vida social. Deste modo, o próprio, ao não permitir um conflito razoável, recusava-se a pensar na sociedade como algo rígido e muito mais a defender políticas que impedissem os conflitos e as mudanças graduais e, com este, admitir a mudança dos valores culturais que sustentam leis e instituições, poder-se-ia engendrar o pior dos males[135].

A visão dessa teoria entra em choque com as teorias consensuais de *Durkheim* e nos modelos estrutural-funcionalistas de *Parsons* e *Luhmann,* que versam sobre o equilíbrio dos sistemas sociais. É evidente que os sistemas sociais são concebidos como organismo equilibrados, estáticos e fechados em si mesmo, "baseados sobre uma harmônica convergência funcional de todas as partes, sobre a comunidade dos interesses e sobre consenso"[136].

E como já visto, o consenso em si nada mais é que uma construção política, uma ideologia dominante sedimentada no sentido de coibir a insegurança de determinados indivíduos e grupos. Assim, esse modelo de criminologia aplicada ao Direito Penal utiliza do combate à criminalidade (corrupção, violência

133. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia:* o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 135.

134. *Ibidem*, p. 136.

135. ANITUA, Gabriel Ignacio. *op. cit.*, 2008, p. 602.

136. BARATTA, Alessandro. *op. cit.,* 2013, p. 120.

e até mesmo comportamentos minoritários) como o sentimento que produz união a todos os cidadãos. Esse sentimento consensual rechaça o crime na sua forma ideológica, porém, ignora certos comportamentos que também se amoldariam como criminosos.

De modo que o aval da sociedade dominante junto às autoridades judiciárias fomenta o conceito de *seletividade penal,* com base nos julgamentos morais do que é considerado como comportamento criminoso. Assim, fazendo uma analogia a obra de *Nietzsche*, cria-se uma *genealogia da moral criminológica*[137]. Fica evidente que esse modelo penal centrado em uma criminologia de preservação de valores deve ser superado. As concepções criminosas são regidas por um instrumento de poder, pois quem assume o poder pode impor sua *convicção* aos outros, e assim, moldar as definições de delito.

Posto isto, pugna-se por necessidade tardia de uma criminologia do conflito no estudo dessa criminalidade em questão. Pois, nas palavras de *Figueiredo Dias* e *Costa Andrade*:

> (…) o modelo de conflito sustenta que a lei criminal é problemática e deve ser estudada de modo a determinar-se como é ela formada e quem é processado como delinquente[138].

Assim, uma das preocupações dessa ótica é a análise da lei penal e o processo desigual na sua aplicação. Nesse diapasão, pode-se compreender o fenômeno da criminalização primária[139], principalmente na medida em que a aplicação da lei penal toma em consideração somente os mecanismos seletivos para a criminalização.

---

137. Faz-se aqui um paralelo do primeiro tratado da obra *Genealogia da Moral*, na qual se instiga o que seria considerado como *bom*. Em quais condições o homem inventou os juízos de valor expressos nas palavras bem e mal e que valor possuem tais juízos? Nessas mesmas premissas, faz-se uma analogia ao conceito de crime. Em quais condições atuais são decididos os juízos nos conceitos de crime. Seriam eles ideológicos ou científicos? NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral:* uma polêmica. Trad. Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

138. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *op. cit.,* 2013, p. 256.

139. Para Zaffaroni e Batista, "a criminalização primária consiste no ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático *o deve ser apenado* é um *programa* que *deve ser* cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam". ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAN, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro.* 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. p. 43.

Cabe ressaltar que nem todos os comportamentos conflitivos são positivos para a sociedade. *Coser* já apontava sobre conflitos *reais* e *irreais*, sendo os primeiros, aqueles que se relacionam com atitudes racionais e positivas do indivíduo[140]. Entretanto, o ponto de partida de *Coser* na sua *teoria do desvio* é a distinção do comportamento desviante *inovador* do desvio social criminal. O inovador atuaria para o bem das pessoas que compartilham os mesmos valores, enquanto o delinquente busca a persecução de seus interesses particulares[141].

Por fim, a necessidade do rompimento do paradigma consensual-funcionalista está destacada nos elementos de uma criminologia de conflito, principalmente no caráter político que assume todo o fenômeno criminal: criminalização, comportamento criminalizado e pena, o qual torna o atual Direito Penal em um *Direito Penal Ideológico*.

9. Referências bibliográficas

ADORNO, Theodor. *Indústria cultural e sociedade*. Trad. Juba Elisabeth Levy *et al*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ADORNO, Theodor. *Teoria Estética*. Trad. de Artur Morão. Edições 70: Lisboa, 1979.

ADORNO, Theodor. *Dialética negativa*. Trad. Marco Antonio Casanova; revisão técnica Eduardo Soares Neves Silva. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

ALEXANDER, Jeffrey. *Neofunctionalism and After*. Willey-BlackWell: New Jersey, 1998.

AMELUNG, Knut. El concepto 'bien jurídico' en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: *La teoría del bien jurídico:* fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

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

140. "Isso significa que uma das suas características é, precisamente, a presença de uma alternativa funcional nos meios para obter determinados fins. Já os irreais derivam da necessidade de descarregar uma tensão agressiva e sua análise baseada na psicologia profunda, demonstram que tais conflitos estão ligados a uma atitude irreal e irracional que se localiza na esfera emocional". BERGALLI, Roberto *et al*. *op. cit.,* 2015, p. 212.

141. Cfr. COSER, Lewis. *The functions of social conflict*. Glencoe, Free Press, 1956. Também, COSER, Lewis. *Continuities in the study of social conflict*. New York: Free Press, 1967. E por fim, COSER, Lewis. Some Functions of Deviant Behavior and Normative Flexibility. *American Journal of Sociology*. v. 68, n. 2, 1962. p. 172-181.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *A história dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

ARENAL, Concepción. *Obras completas*. Estudios penintenciarios. Tomo V. Madrid: Librería de Victoriano Suaréz, 1895.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução da sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 6. Ed. 1. Reimpressão Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Trad. ÁIvaro Búnster. 1. impr. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal, compilación* in memoriam. Buenos Aires-Montevideo: Editorial IBdeF, 2004.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: Una "Nueva" Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica. *Revista Doctrina Penal*, año 8, n. 29, p. 9-26. Buenos Aires, Argentina, 1985.

BENJAMIN, Walter. Kapitalismus als Religion [Fragment]. Gesammelte Schriften VI. In: *Gesammelte Schriften*. Unter Mitwirkung von Theodor W. Adorno und Gershom Scholem, herausgegeben von Rolf Tiedemann und Hermann Schweppenhäuser. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1991.

BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa. *O pensamento criminológico I*: uma análise crítica. Trad. Roberta Duboc Pedrinha; Sérgio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BERRY, David. *Ideias Centrais em sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

BONGER, Willen Adriaan. *Criminalité et conditions économiques*. Amsterdam: Maas & Van Suchtelen, 1905.

BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da Pena:* do discurso jurídico à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CLEMMER, Donald. *The Prison Community*. 2. ed. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1958.

CHAUVENET, Antoinette; ROSTAING, Corinne; ORLIC Françoise. *La violence carcérale en question*. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: Parte Geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

COHEN, Albert. *Transgressão e Controle*. Trad. Mirian Moreira Leite. Livraria Pioneira: São Paulo, 1968.

COHEN, Albert. *Delinquent Boys:* the culture of the gang. New York: The Free Press, 1955.

COMTE, Auguste. *Système de politique positive ou traité de Sociologie instituant la Religion de l'Humanité*. 3ème ed. 4 v. Paris: Larousse, 1890.

COSER, Lewis. *The functions of social conflict*. Glencoe, Free Press, 1956.

COSER, Lewis. *Continuities in the study of social conflict*. New York: Free Press, 1967.

COSER, Lewis. Some Functions of Deviant Behavior and Normative Flexibility. *American Journal of Sociology*. v. 68, n. 2, p. 172-181, 1962.

DAHRENDORF, Ralf. *Class and Class Conflict in Industrial Society*. Stanford: Stanford University Press, 1959.

DAHRENDORF, Ralf. O *conflito social moderno:* um ensaio sobre a política da liberdade. Trad. Renato Aguiar e Marco Antônio Esteves da Rocha. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:* O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DORADO MONTERO, Pedro. *El derecho protector de los criminales*. Madrid: Victoriano Suárez, 1915.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Carlos Alberto Ribeiro Moura. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

FROMM, Erich. *Análise do Homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1960.

FROMM, Erich. *Psicanálise da Sociedade Contemporânea*. São Paulo: Círculo do Livro, 1984.

FOUCAULT, Michel. "Poder-corpo". *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado (org.). 24. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1998.

FURQUIM, Saulo; SEGARRA, Gabriela; VAZ, Maria. *O Expansionismo penal ante a retórica do combate ao terrorismo:* o delírio normativo do Projeto de Lei 2016/2015. Anais do I Seminário Internacional sobre Prisões, São Paulo: USP, 2015.

FURQUIM, Saulo Ramos. A Necessidade de uma Criminologia Cultural face aos desdobramentos das Teorias do Conflito. *Revista de Estudos de Sociologia*: Unesp/Araraquara, v. 20, n. 38, p. 95-109, jan.-jun. 2015.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

GRAMSCI, Antônio. *Concepção Dialética da História*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

HABERMAS, Jürgen. A positivistically bisected rationalism. *In:* ADORNO, Theodor W.; ALBERT, Hans; DAHRENDORF, Ralf; HABERMAS, Jürgen; PILOT,

Harald; POPPER, Karl. *The positivist dispute in German sociology*. London: Heinemann. 1976.

HABERMAS, Jürgen. Trabalho e interação. *In:* HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como 'ideologia'*. Lisboa: Edições 70, 1979.

HASSEMER. Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2. ed. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HEBDIGE, Dick. *Subcultura*: el significado del estilo. 3. impresión. Trad. Carles Roche. Barcelona: Paidós, 2014.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e Civil*. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural 1997.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

HORKHEIMER, Max. *Teoria crítica:* uma documentação. Trad. Hilde Cohn. Perspectiva: São Paulo, 1990.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo:* noções críticas. 2. ed. Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, fundamentos e teoria de la imputación. Trad. Joaquím Cuellos Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. Edición, corrigida. Marcial Pons: Madrid, 1997.

KAUFFMAN, Kelsey. *Prison Officers and Their World*. Massachusetts: University Harvard Press, 1988.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y Modernidad:* de la unidad a la diferencia, ed. y trad. J. Berian y J. M. García Blanco, Madrid, Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociedade y sistema:* la ambición de la teoría. Trad. Santiago López Petil y Dorothee Schmitz. Introducción de Ignácio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Guadalajara: Barcelona: Anthropos, 1996.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Uma Teoria Científica da Cultura*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARCUSE, Herbert. Industrialisierung und Kapitalismus im Werk Max Webers. *In:* STAMMER, Otto (org.). *Max Weber und die Soziologie Heute*: Verhandlungen des 15. Deutschen Soziologentages (Heidelberg, 1964). Tübingen (Alemanha): Mohr, 1965.

MARCUSE, Herbert. *El Hombre Unidimensional:* ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada. Trad. Antonio Elorza. Planeta Agostini: Barcelona, 1993.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Trad. Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM. 2002.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich *A ideologia alemã*. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich *Miséria da Filosofia*. Trad. Miguel Macedo. São Paulo: Editora Flama, 1946.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich *As lutas de classes na França de 1848 a 1850*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich *Lutas de Classes na Alemanha*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich *18 Brumário de Luís Bonaparte*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. Trad. Cristina Magro, Miriam Graciano e Nelson Vaz (orgs.). Belo horizonte, MG: Ed. UFMG, 1997.

MERTON, Robert. Social structure and anomie. *American Sociological Review*. v. 3, Issue 5, 1938.

MERTON, Robert. *Ambivalencia sociológica y otros ensayos*. Trad. José Luis López Muñoz. Madrid: Espasa-Calpe, 1980.

MÜNCH, Richard. A Teoria Parsoniana Hoje: A Busca de uma nova síntese. *In*: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan. *Teoria Social Hoje*. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral:* uma polêmica. Trad. Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OTTO, Harro. Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre. 7. Aufl. Berlin: W. de Gruyter, 2004.

OTTO, Harro. Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates. Juristische Ausbildung, 2001.

PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. Trad. Dante Moreira. São Paulo: Editora Pioneira, 1974.

QUINNEY, Richard. *The Social Reality of Crime*. Boston: Little Brown, 1970.

ROCHER, Guy. *Talcott Parsons e a sociologia americana*. Trad. Olga Lopes da Cruz. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976.

RÖDER, Karl David August. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena, en sus interiores contradicciones*. Trad. Francisco Giner de los Rios. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación. 1870.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego Luzón Peña; Miguel Diaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. *Politica criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed., reimpr. Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus *et al*. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. Editor Enrique Díaz Aranda. 2. ed. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2002.

SALILLAS, Rafael. *Doña Concepción Arenal en la ciencia jurídica, sociológica y en la literatura*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1894.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal y autopoiesis Reflexiones acerca de los Sistemas Penales Sociológicos Cerrados. *Revista Derecho Penal y Criminología*, v. XXXIII, n. 94, p. 75-95, enero-junio. 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal:* Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

SEGARRA, Gabriela Gomes. *Utopia da ressocialização diante da vitória das mazelas carcerárias:* um olhar voltado mais para a criminologia. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIEGEL, Larry. *Criminology*. 11th ed. University of Massachusetts, Lowell: Cengage Advantage Books, 2012.

SIMMEL, Georg. *Conflict and the web of group-affiliations*. New York: Free Press, 1955.

SPENCER, Herbert. *The principles of sociology*. v. I. New York: D. Aplleton and Company, 1897.

SUTHERLAND, Edvin. *Crime do Colarinho Branco:* versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SYKES, Gresham. *The Society of Captives:* A Study of a Maximum Security Prison. New Jersey: Princeton University Press, 1974.

TAFT, Donald. *Criminology*. 3. ed. New York: Publisher Macmillan, 1956.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Delito*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TURK, Austin. *Criminality and Legal Order*. Chicago: Rand McNally, 1969.

VARELA, Draúsio. *Estação Carandiru*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

YAROCHEWSKY, Leornado. A influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann na teoria da pena. Ciências Penais, *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, ano 1, n. 0, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio. *La palavra de los muertos:* conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAN, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A função da pena à luz da moderna criminologia, de Élio Morselli – *RBCCrim* 19/39-46 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/303-313 (DTR\1997\267);
- Criminalização de uma cor: sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro, de Sara Luz – *RBCCrim* 128/233-270 (DTR\2017\210);
- Formação do sistema penal no brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade, de Evandro Piza Duarte – *RBCCrim* 130/203-235 (DTR\2017\659);
- O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 121/161-190 (DTR\2016\21997);
- O normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo?, de Bruno Moura – *RBCCrim* 90/13-51 (DTR\2011\1580); e
- Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade, de Ana Gabriela Mendes Braga – *RBCCrim* 107/339-356 (DTR\2014\1557).

A cultura como direito humano ou como delito? O problema da criminalização da cultura minoritária

Raquel Lima Scalcon

Professora de Direito Penal na Faculdade de Direito da Uniritter Porto Alegre/RS e Canoas/RS e em diversos cursos de especialização *lato sensu*. Doutora em Direito pela UFRGS e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduação em Direito pela UFRGS.
raquelscalcon@gmail.com

Dados bibliográficos: Maglie, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados*. Ideologías y modelos penales. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Originalmente intitulada "*I reati culturalmente motivati*" (2010), a obra objeto da presente resenha é fruto de cuidadosa tradução para o espanhol empreendida por Víctor Manuel Macías Caro, estando publicada desde 2012 pela prestigiosa editora Marcial Pons – Espanha. Trata-se de investigação conduzida com método analítico e elevado rigor pela Professora Cristina de Maglie, Catedrática de Direito Penal da Universidade de Pavia, Itália, qualidades às quais se conjuga um saber crítico criminológico próprio de quem desconfia das categorias tradicionais do Direito Penal. O tema central da pesquisa é a recepção e o tratamento conferido pelos sistemas penais a *conflitos culturais* ou *étnicos*, fatos tendencialmente geradores de "delitos culturalmente motivados".

No escrito, a autora parte de uma premissa fundamental para justificar a insensibilidade histórica do legislador de países europeus relativamente a tais conflitos, praticamente ignorados pelas normas de seus ordenamentos jurídicos. Trata-se do fato de a Europa, ao longo do tempo, ter mais *exportado* do que *importado* imigrantes[1]. A realidade atual, todavia, é outra: os recentes movimentos migratórios, legais ou ilegais, conduziram ao Velho Mundo milhares de indivíduos oriundos de sociedades muito diversas em termos étnicos, religiosos e linguísticos. Trata-se de um fenômeno particular e inédito, o qual sociólogos e filósofos denominam *sociedade multiética* ou sociedade *multicul-*

1. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados*. Ideologías y modelos penales. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 71.

tural[2]. Tal mudança de perspectiva, por certo, demanda um repensar sobre as categorias tradicionais do sistema penal, desajustadas e insuficientes à realidade complexa que agora precisam regular.

Como exemplo, a autora cita uma série de condutas, tais como poligamia e mutilação genital feminina, matrimônio entre familiares, uso de substâncias entorpecentes, as quais, conquanto criminalizadas pelos Códigos Penais (e também morais) ocidentais, são frequentemente aceitáveis ou até mesmo impostas pela cultura de outros grupos étnicos[3]. Diante de tais *conflitos culturais*, o sistema penal é chamado a se posicionar, podendo adotar fundamentalmente três caminhos. Primeiro: um modelo *assimilatório,* de insensibilidade frente ao conflito e, não raras vezes, de incremento de punição ("reações hiperpunitivas"[4]). Segundo: um modelo intermediário ("multicultural fraco"), que dá abertura a pretensões de reconhecimento de outras culturas, mas apenas dentro do que as categorias tradicionais da teoria do delito possibilitam. Terceiro: um modelo "multicultural forte", do qual é exemplo privilegiado os Estados Unidos da América, país que não apenas se abre a tais pretensões a partir da *cultural defense*, como admite, em certas hipóteses, até mesmo o afastamento da responsabilidade criminal do *cultural offender*[5].

Pontuados brevemente os modelos penais possíveis, a autora dá um passo atrás e se dedica à construção do conceito nuclear da obra, qual seja, o de *delito culturalmente motivado*. A fim de apresentar ao leitor uma definição bastante analítica, ela discorre, com notória desenvoltura, sobre uma série de categorias similares, tais como (a) *sociedade multicultural, sociedade multiétnica e multiculturalismo,* (b) *conflitos culturais* e, finalmente, (c) *cultura*.[6]

Em relação ao ponto "a", a autora esclarece não haver equivalência entre tais ideias e expressões. Enquanto multietnicidade diz respeito necessariamente a diferenças culturais decorrentes de diversidade étnica (espécie), já multiculturalidade diz respeito a diferenças culturais de várias ordens, tais como

2. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 45 e ss.
3. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 45 e ss.
4. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 70.
5. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 69-70. Sobre os fundamentos da responsabilidade penal no direito norte-americano, conferir também FLETCHER, George. *The Grammar of Criminal Law.* American, comparative and international. Foundations. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 22 ss.
6. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 45-69.

etnia, *religião, língua, costumes etc.* (gênero)[7]. No tocante ao multiculturalismo, ela adverte que o sufixo "ismo" indica não um dado da realidade, mas uma decisão *favorável* ao acolhimento da diferença. Dito de outro modo, a multiculturalidade e a multietnicidade são fatos; o multiculturalismo, uma posição política-jurídica[8].

Quanto ao próximo ponto, o conceito de "conflitos culturais", a obra examina uma série de teóricos que problematizaram o binômio *identidade/alteridade* durante o século XX. A reconstrução da discussão é iniciada pela teoria de Thorsten Sellin (*Culture Conflict and Crime,* 1938), segue com a de George Vold (*Theoretical Criminology,* 1958), a de Ralf Dahrendorf (Class and Class Conflict in Industrial Society, 1959) e é finalizada com a de Austin Turk (*Criminality and Legal Order,* 1969).

Dentre inúmeras considerações relevantes, duas são reforçadas, em sua importância, pela autora. A primeira diz respeito à distinção efetuada por Sellin entre conflitos primários e conflitos secundários[9]. Enquanto aqueles surgem em decorrência de tensões entre culturas distintas, estes seriam fruto de diversificações no seio de uma mesma cultura. A segunda, proveniente da obra de Vold, refere-se à tese de que o comportamento criminalizado nada mais é do que o comportamento dos grupos minoritários, os quais carecem de poder nas tomadas de decisão legislativas[10]. Nesse contexto, os delitos culturalmente motivados não seriam produto de origem individual, mas "o resultado de um conflito entre grupos que lutam pela primazia do controle social"[11].

Finalmente, a obra discorre sobre a noção de *cultura*, apontando qual dos seus possíveis conteúdos é relevante para fins de construção do conceito de *delito culturalmente motivado*. No ponto, a autora sustenta que somente há sentido em se falar de cultura como sinônimo de "povo" ou "nação", isto é, *cultura como sinônimo de identidade étnica*[12]. Logo, pouco interessam conflitos subculturais (ou conflitos culturais secundários ou internos), ou seja, aqueles que ocorrem no seio de uma *mesma etnia* (mesma cultura). Relevantes e verda-

7. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 45-47.
8. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 47.
9. SELLIN, Thorsten. *American Journal of Sociology.* v. 44, n. 1, p. 97-103, jul. 1938, p. 97 ss. Disponível em: [www.jstor.org/stable/2768125]. Acesso em: 03.11.2016.
10. VOLD, George. *Theoretical Criminology*. Nova York: Oxford University Press, 1958, p. 208 e ss.
11. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 53.
12. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 65 e ss.

deiramente desafiadores ao sistema penal seriam os conflitos culturais primários ou externos, os quais somente ocorrem quando há um Estado multiétnico (multicultural): Estados em que há povos minoritários (ex: Espanha e Canadá) (minorias étnicas nacionais); Estados que sofreram processos migratórios (minorias étnicas não nacionais)[13].

Apresentadas as premissas teóricas e metodológicas necessárias a tanto, a obra propõe um conceito inaugural para a noção de *delito culturalmente motivado,* o qual é assim formulado:

> (...) comportamento realizado por um sujeito pertencente a um grupo étnico minoritário que é considerado delito pelas normas do sistema da cultura dominante. O mesmo comportamento na cultura do grupo ao qual pertence o autor é, pelo contrário, perdoado, aceito como normal ou aprovado ou, em determinadas situações, inclusive imposto[14].

Logo após, alguns esclarecimentos adicionais são apresentados, a fim de possibilitar uma adequada compreensão do conceito formulado. São eles: (i) o termo cultura é utilizado em seu sentido dinâmico (caráter instável e mutante) e étnico. Trata-se, como se percebe, de um conceito restritivo de cultura; (ii) a verificação da ocorrência de um delito culturalmente motivado demandará o exame do elemento normativo extrajurídico "cultura" do grupo étnico ao qual se pertence[15]. Para tanto, será preciso demonstrar, no âmbito do processo penal, não apenas a existência de um delito culturalmente motivado (primeira fase), como também a razoabilidade da adesão à cultura do grupo de origem (segunda fase).

Iniciando-se pela primeira fase do exame, a constatação de que o fato narrado amolda-se ao conceito de *delito culturalmente motivado* demanda a comprovação dos seguintes requisitos: (a) "motivo cultural" (a causa psíquica do crime reside na cultura do ofensor?)[16]; (b) "coincidência de reação" ou "dimensão objetiva" do delito culturalmente motivado (outras pessoas do mesmo grupo étnico agiriam, majoritariamente, de igual modo ao do ofensor?) e

13. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit*., p. 63-64.
14. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit*., p. 68.
15. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit*., p. 68.
16. A autora adverte, em variadas passagens, que a simples menção à nacionalidade ou ao *status* de estrangeiro do sujeito ativo em nada serve para fins de comprovação de tal requisito (MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit*., p. 96 ss).

(c) "diversidade entre as culturas" (há diferenças relevantes entre a cultura do grupo étnico minoritário e a cultura do "país anfitrião"?)[17]. Já na segunda fase do exame, será necessário questionar a *razoabilidade* da adesão do autor às exigências de sua cultura originária, isto é, se era ou não exigível que ele abdicasse de tais demandas e encampasse as normas impostas por outra cultura e o seu correlato ordenamento jurídico[18].

Pois bem, com a apresentação do conceito, retorna-se à questão fundamental da investigação: quais poderiam ser os impactos do reconhecimento de um delito culturalmente motivado (e, logo, de um conflito étnico-cultural) sobre as categorias "tradicionais" do sistema penal? A resposta, como a obra já indicava, estará sempre a depender do *modelo* penal adotado: assimilatório, multicultural fraco ou multicultural forte. Nesse contexto, a autora inclina-se claramente pela defesa de um modelo penal *multiétnico* (multicultural), sustentando a ilegitimidade de um Direito Penal que, em busca da integração forçada das minorias étnicas, *intensifica* a criminalização da diferença[19].

A defesa de um modelo multicultural de Direito Penal estaria amparada na concepção do *direito à cultura* como um direito fundamental de liberdade passível de universalização e, portanto, como um direito humano[20]. Enquanto tal, ele *deve* ser valorado pelo sistema penal, podendo, sob certas circunstâncias, reduzir ou até elidir a censurabilidade penal do agente. No entanto, a autora faz a seguinte advertência: considerando ser dever do Estado tutelar também direitos fundamentais (e humanos) da vítima, por vezes haverá um claro conflito entre a proteção do direito à cultura do *offender* e a proteção do direito fundamental da vítima do *cultural crime*[21]. Veja-se, ilustrativamente, o famoso caso People *v.* Chen, ocorrido nos EUA[22].

17. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 68-69 e 148-153.
18. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 153-156.
19. Ilustrativamente, pode-se mencionar o caso italiano, ordenamento jurídico-penal que historicamente vem optando por uma *integração forçada* das minorias étnicas (muçulmanos, *rom* etc.), não apenas mediante a criminalização de algumas de suas práticas (mutilação genital feminina e mendicidade), mas também pela atribuição de sanções desproporcionalmente altas a tais condutas. Essa decisão ideológica ficou conhecida como *Pachetto Sicurezza* (2009).
20. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 189.
21. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 191.
22. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 115. Trata-se do caso *People v. Chen*, n. 87-7.774 (Suprema Corte N.Y. County, 2 de dezembro de 1988).

Tratava-se de um imigrante chinês radicado há menos de um ano em Nova York, o qual, em 1987, teria cometido homicídio contra sua esposa logo após a confissão de uma relação extraconjugal. Na ocasião, argumentou-se que, à luz da cultura chinesa da época, na qual o réu havia crescido e a qual havia "abandonado" há pouco tempo, sua reação seria, se não aceitável, ao menos provável. Ao sentenciar o caso, o juiz teria afirmou que "Chen era produto de sua cultura. (...) A cultura não exclui a responsabilidade, mas é algo que o fez sucumbir mais facilmente"[23].

No caso acima narrado, a situação de tensão entre o direito à cultura, que reduziria ou até mesmo excluiria a censura do agente, e o direito à vida da vítima revela-se com clareza. Em ambos os casos, poder-se-ia sustentar ser dever do Estado, em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, proteger e promover tais direitos, inclusive no âmbito penal. Todavia, como fazê-lo ou, ainda, em que medida fazê-lo quando o reconhecimento de um deles parece inviabilizar o do outro? Para a autora, a solução está em identificar, com precisão, a natureza e o âmbito de proteção do direito fundamental da vítima eventualmente afetado pelo reconhecimento do direito à cultura do ofensor.

Nesse sentido, ela argumenta, a partir de Ferrajoli (*Principia iuris*. Teoria del diritto e dela democrazia, vol. 2, 2007), que alguns direitos de liberdades seriam verdadeiras *imunidades fundamentais,* indicando limites "insuperáveis à proteção da pessoa humana"[24]. O principal desses direitos seria o direito à vida, seguido dos direitos de liberdade pessoal e suas derivações: inadmissibilidade de escravidão humana, proibição de tortura e penas corporais, liberdade sexual etc. Relativamente a tais *imunidades,* a investigação é taxativa: elas *não* se situam no mesmo plano dos demais direitos fundamentais. Por tal razão, não estão sujeitas a juízo de ponderação, de tal modo que "sua tutela não pode por isso deixar de ocorrer nunca, nem mesmo quando entre em jogo o exercício de um direito qualificado como fundamental"[25]. Tal apontamento é de grande relevo para solucionar o conflito antes indicado, assim sustentando a autora:

> (...) não há dúvida de que, como se há visto, o direito à cultura pode ser definido como um direito humano de caráter universal. Contudo, as modalidades de seu exercício não podem violar as imunidades fundamentais indicadas anteriormente. A consequência é assim decisiva para os fatos cul-

23. LEE. *Murder and reasonable man,* p. 97 apud MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 116.

24. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 190.

25. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 191.

> turalmente motivados: se o comportamento no qual estes se manifestam viola uma das imunidades fundamentais, não será possível atribuir valor positivo algum à motivação cultural da conduta, no sentido de um tratamento favorável para seu autor. (...) Em conclusão: só os casos nos quais o direito à cultura não interfere nas chamadas imunidades fundamentais será possível seguir adiante na análise sistemática com o fim de verificar sua relevância sobre os elementos individuais do delito[26].

Por conseguinte, o que se observa é, sobretudo, uma noção bastante exigente de delito culturalmente motivado (conceito restritivo étnico), cuja verificação, ainda que positiva, não conduz de imediato à redução ou mesmo ao afastamento da responsabilidade penal do agente. No caso concreto, tanto a adesão do autor às regras de sua cultura pode não se revelar razoável, quanto o comportamento por ele realizado pode afetar direitos fundamentais da vítima não sujeitos à ponderação (as ditas "imunidades fundamentais"). Nesse panorama, o reconhecimento de um delito culturalmente motivado seria sempre a exceção, não a regra.

Contudo, mesmo nas situações em que tais obstáculos teóricos são superados com sucesso, qualificando o fato como um delito culturalmente motivado, um grande desafio surgirá logo a seguir. Afinal, qual dos elementos tradicionais do direito penal e da teoria do delito poderá acolher tal conceito e qual deve ser a consequência dogmática de tal acolhida? Preocupada em preservar a consistência e a coerência do sistema penal, a autora sugere que a categoria da *punibilidade* seja aquela que recepcione e solucione o problema em exame.

A razão é simples. Segundo a autora, como tal categoria desempenha indiscutivelmente uma função *político-criminal*, ela está orientada por princípios como o da necessidade preventiva da punição[27]. Trata-se de *ratio* de grande relevo no contexto de crimes culturalmente motivados. Isso porque em tais delitos, como regra, tanto pretensões de prevenção geral quanto de prevenção especial costumam ser inócuas diante de indivíduos formados "em valores diversos ou inclusive em conflito com os protegidos pela cultura do sistema de acolhida"[28].

Concluída a trajetória argumentativa fundamental, a autora então escreve o último capítulo da obra quase como uma carta ao legislador italiano – e também aos responsáveis nos demais sistemas penais. Roga-lhe que introduza ex-

26. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 191-192.
27. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 268-269.
28. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 266.

pressamente no Código Penal uma nova causa (pessoal e pré-existente ao fato delituoso) de extinção de punibilidade do agente. Em sua opinião, este seria um meio cuidadoso de promover o necessário reconhecimento do direito fundamental e humano à cultura, bem como de preservar os direitos fundamentais da vítima em sociedades tendencialmente multiculturais e multiétnicas.

Quem tem o gosto de concluir a leitura carrega consigo a convicção da sua indispensabilidade para uma reflexão crítica sobre o papel do Direito Penal contemporâneo relativamente aos conflitos culturais. A investigação, rigorosamente empreendida, é relevante inclusive para o contexto brasileiro, que tanto possui etnias nacionais minoritárias (sobretudo indígenas), como vem sofrendo processos migratórios recentes de diversas etnias não nacionais (ilustrativamente, os refugiados haitianos, sírios, angolanos, colombianos, palestinos etc.[29]).

Comprovando o acima afirmado, cabe mencionar o Projeto de Lei 1.057/2007, cujo intuito é disciplinar "o combate a práticas indígenas e de outras sociedades ditas não tradicionais entendidas como nocivas à proteção dos direitos fundamentais e humanos"[30] a partir da introdução do art. 54-A no Estatuto do Índio. Como se sabe, a discussão acerca da legitimidade de tais práticas cresceu em importância no Brasil especialmente após uma mãe da tribo indígena dos *suruwahas* ter se rebelado contra a tradição de sua cultura, salvando a vida da filha, a qual seria morta por ter nascido deficiente.

O Projeto de Lei em questão, já aprovado na Câmara na forma do substitutivo global do Deputado Federal Marcos Rogério (PDT-RO), inicialmente reafirma o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, *desde que* "elas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 54-A, *caput*). No que seria o § 2º do art. 54-A, o Projeto esclarece que práticas como o homicídio, o infanticídio, maus-tratos etc. seriam reputadas nocivas e, portanto, penalmente típicas, de modo a deslocar a discussão acerca da eventual diferença cultural (conflito cultural) apenas para o plano da culpabilidade.

29. Ver dados oficiais do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) sobre o caso do Brasil (ACNUR. Dados sobre refúgio no Brasil. Disponível em: [www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/]. Acesso em: 03.11.2016).

30. Ver tramitação em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=375714E4972842D90A7E68A6828E1E4D.proposicoesWebExterno2?codteor=459157&filename=PL+1057/2007]. Acesso em: 03.11.2016.

Como se percebe, a investigação empreendida por Maglie, para além da sua qualidade intrínseca, é também útil ao enfrentamento de temas próprios à realidade brasileira, a começar pelo desafiador problema das práticas culturais indígenas *prima facie* não compatíveis com a proteção dos direitos fundamentais e humanos consagrados na nossa cultura majoritária (ou dominante). É claro que a pesquisa não é capaz de desatar todos os nós que cercam o tema, nem poderia fazê-lo. Justamente por isso, assume pontos problemáticos ainda não solvidos no contexto do reconhecimento de crimes culturalmente motivados, tais como a necessidade de perícia técnica efetuada por antropólogos e/ou sociólogos (e a sua limitada confiabilidade), a dificuldade de compatibilização de tal categoria com o dever de tutelar a vítima e, ainda, o risco de estereotipar uma cultura minoritária, estigmatizando seus integrantes[31]. Ainda assim, trata-se de primorosa pesquisa, a qual merece ser lida, discutida e, no que aqui muito se deseja, em breve continuada.

31. MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados, op. cit.*, p. 266.