86501

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 24 • vol. 126 • dezembro / 2016

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 126 • dezembro / 2016

Presidência
Andre Pires de Andrade Kehdi

Coordenação
Marina Pinhão Coelho Araújo

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

EDITORA-CHEFE – Marina Pinhão Coelho Araújo.

EDITORES-ASSISTENTES – Ana Carolina Carlos de Oliveira, Chiavelli Facenda Falavigno, Heloisa Estellita, Pedro Augusto Simões da Conceição 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 Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha); Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá); Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha); Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha); Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha); Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile); Jésus-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); *(Professores brasileiros aposentados).*

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Alexei Choi Caruncho (FEMPAR – Curitiba/PR); Alexis Couto de Brito (Mackenzie – São Paulo/SP); Américo Bedê Freire Júnior (FV – Vitória/ES); Ana Cláudia Cifali (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ana Cristina Gomes (USAL – Salamanca/ESP); André Machado Maya (TJRS – Porto Alegre/RS); André Szesz (UNIPOSITIVO – Curitiba/PR); Andréa Ana do Nascimento (PUCRS – Porto Alegre/RS); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruna Angotti (MACKENZIE - São Paulo/SP); Caique Ribeiro Galícia (PUCRS – Porto Alegre/RS); Daniel Leonhardt dos Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS); David Leal da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS); Deise Helena Krantz Lora (UCRC – Chapecó/SC); Érika Mendes de Carvalho (UEM – Maringá/PR); Fernanda Araújo Ifanger (PUCSP – Campinas/SP); Fernanda Regina Vilares (USP – São Paulo/SP); Francisco Monteiro Rocha Jr (FACBRASIL – Curitiba/PR); Frederico Valdez Pereira (UNIPV – Pávia/IT); Gabriel Antinolfi Divan (UPF – Passo Fundo/RS)); Gustavo de Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB); Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS); Gustavo Diniz Junqueira (PUCSP – São Paulo/SP); Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR); João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Rio de Janeiro/RJ); José Danilo Tavares Lobato (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Luciano Anderson de Souza (USP – São Paulo/SP); Marcelo Almeida Ruivo (Universidade de Coimbra/PT); Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR); Miguel Tedesco Wedy (UNISINOS – Porto Alegre/RS); Oliveiros Guanais de Aguiar Filho (PRBA – Salvador/BA); Ricardo Cícero de Carvalho Rodrigues (ESTÁCIO – Recife/PE); Ricardo Sontag (UFMG – Belo Horizonte/MG); Roberto de Carvalho Campos (USP – São Paulo/SP); Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (UNIPAR – Curitiba/PR); Rodrigo Jose Fuziger (USP – São Paulo/SP); Salah Khaled Jr. (FURG – Rio Grande/RS); Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho (PUCRS – Porto Alegre/RS); Tarsis Barreto (UFTO – Palmas/TO); Tiago Joffily (MPRJ – Rio de Janeiro/RJ); Tomás Grings Machado (PUCRS – Porto Alegre/RS).

AUTORES (DESTE VOLUME)

Alessandra Teixeira (UFABC – São Paulo/SP); Bruno Amaral Machado (UniCEUB/UnB – Brasília/DF); Caio Cezar Melo Ferri (UFGD/FADIR – Dourados/MS); Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro (UL – Leiden/HOL); Cristina Zacksesk (UniCEUB/UnB – Brasília/DF); Érica Babini Machado (UFPE – Recife/PE); Eujecio Coutrim Lima Filho (Faculdade Guanambi – Guanambi/BA); Fernando Salla (USP – São Paulo/SP); Gabriela Azevedo (CNJ – Brasília/DF); Gustavo Tozzi Coelho (PUCRS – Porto Alegre/RS); Maira Rocha Machado (FGV – São Paulo/SP); Maurilo Sobral Neto (UNICAP – Recife/PE); Paulo Vinicius Sporleder de Souza (PUCRS – Porto Alegre/RS); Pedro Jorge Costa (PR – Recife/PE); Rafael da Silva Glatzl (UFJF – Juiz de Fora /MG); Ulisses Moura Dalle (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Vitória Dreyer Dinu (UNICAP – Recife/PE).

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 126 • dezembro / 2016

Presidência
ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI

Coordenação
MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

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.

Diagramação eletrônica:
WK Editoração Gráfica Ltda. CNPJ 13.342.196/0001-44
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49



© edição e distribuição da
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: [12-2016]
Profissional
Fechamento desta edição: [01.11.2016]



ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 126 • dezembro / 2016

Coordenação (editora-chefe)
Marina Pinhão Coelho Araújo

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2015/2016

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente
Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário
Fábio Tofic Simantob
2.º Secretária
Eleonora Rangel Nacif
1.º Tesoureira
Fernanda Regina Vilares
2.º Tesoureira
Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Roberto Isa

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas
Ivan Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Sérgio Mazina Martins

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
Andrea Cristina D'Angelo
Bruno Amabile Bracco
Daniel Zaclis
Danilo Dias Ticami
Roberto Luiz Corcioli Filho
Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Diogo Rudge Malan
Biblioteca
Bruno Salles Pereira Ribeiro
Boletim
José Carlos Abissamra Filho
Comunicação e Marketing
Rogério Fernando Taffarello
Convênios
Matheus Pupo
Cursos
Paulo Sérgio de Oliveira
Estudos e Projetos Legislativos
Renato Stanziola Vieira
Iniciação Científica
Alexis Couto de Brito
Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo
Monografias
Fábio Roberto D'Avila
Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti
Relações Internacionais
Helena Regina Lobo da Costa
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Revista Liberdades
Roberto Luiz Corcioli Filho

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Código Penal
Juliana Garcia Belloque
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Estudos das Escolas Penais
Alexis Couto de Brito
Infância e Juventude
Giancarlo Silkunas Vay
Justiça e Segurança
Humberto Barrionuevo Fabretti
Política Nacional de Drogas
Cristiano Avila Maronna
Sistema Prisional
Bruno Shimizu

Presidentes das Comissões Organizadoras

22.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira
20.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Fábio Roberto D'Avila
Atualização do Vocabulário Básico Controlado – VBC
Renato Watanabe de Morais
Concessão de bolsas de estudo e desenvolvimento acadêmico
Eleonora Rangel Nacif

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente
Beatriz Dias Rizzo
Secretário-Geral
Rafael de Souza Lira

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 126 • dezembro / 2016

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 Administrativo Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, 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

Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

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

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

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo Editorial: Antonia Aparecida Pereira

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Direito Penal

A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos

The tolerance of euthanasia in the Netherlands and the debate in Brazil: legal perspectives

Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro 15

Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco

Normalization and subjection – Purposes of the juvenile incarceration for youth criminals – A study with sentences in Pernambuco

Érica Babini L. do Amaral Machado, Maurilo Miranda Sobral Neto e Vitória Caetano Dreyer Dinu 37

Uso de drogas e autonomia: limites jurídico-penais e bioéticos

Drug use and autonomy: criminal law and bioethical limits

Gustavo Tozzi Coelho e Paulo Vinicius Sporleder de Souza 67

Culpabilidade na dosimetria da pena

Culpability in the system of quantifying sanctions

Pedro Jorge Costa 109

Neurociência humana e direito penal: a síndrome pré-menstrual e suas possíveis implicações à imputabilidade penal

Human neuroscience and criminal law: the pre-menstrual syndrome and its possible implications to criminal responsibility

Rafael da Silva Glatzl 133

Processo Penal

Lei 13.245/2016: uma análise do caráter democrático do inquérito policial

Law 13.245/2016: analysis of the character democratic of the police inquiry

Eujecio Coutrim Lima Filho 161

Entre a lei e o juiz: os processos decisórios na definição de penas
Between legal order and jurisdictional practice: decision processes in sentencing
MAIRA ROCHA MACHADO 181

Modelo constitucional de juiz(o) e juízo colegiado de 2º grau na Lei 12.694/2012
Constitutional role model of judge and panel in Law 12.694 of 2012
ULISSES MOURA DALLE 223

CRIME E SOCIEDADE

De *menores* a *adolescentes infratores:* contribuições ao debate sobre a criminalidade juvenil
From minors to young offenders: contributions on debate about young criminality
ALESSANDRA TEIXEIRA e FERNANDO SALLA 267

Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil
Dimensions of incarcerations and the challenges of the penitentiary policy in Brazil
CRISTINA ZACKSESKI, BRUNO AMARAL MACHADO e GABRIELA AZEVEDO 291

RESENHA

Identidade e violência: a ilusão do destino, de Amartyan Sen
CAIO CEZAR MELO FERRI 335

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 343

TEMAS 344

POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 347

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 357

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECKLIST*) 363

EDITAL – CHAMADA DE ARTIGOS – DOSSIÊS 2017 365

A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos

The tolerance of euthanasia in the Netherlands and the debate in Brazil: legal perspectives

Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro

Doutoranda/Pesquisadora de Relações Internacionais da Universidade de Leiden/Países Baixos.
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma).
Mestre e Bacharel em História Contemporânea pela Universidade de Leiden/Países Baixos.
Advogada em Uruguaiana-RS.
smarcuzzo@hotmail.com

Recebido em: 18.01.2016
Aprovado em: 22.06.2016
Última versão da autora: 29.06.2016

Área do Direito: Penal; Internacional

Resumo: A adoção do procedimento de eutanásia nos Países Baixos é alvo de constantes debates acerca dos critérios para sua implementação. O tema suscitou novas discussões com a história verídica do livro *Komt een vrouw bij de dokter* (Uma mulher vai ao médico), lançado em 2003. A eutanásia continua sendo ilegal de acordo com o Código Penal neerlandês, no entanto, a legislação não aplica sanções para os médicos que a pratiquem em conformidade com os procedimentos previstos na Lei da Eutanásia. Em contrapartida, a escassez de debate sobre a eutanásia no Brasil traz uma lacuna para o ordenamento jurídico pátrio. A ausência de informações claras sobre a eutanásia demonstra o caráter urgente do melhor entendimento do tema para a sociedade civil.

Palavras-chave: Eutanásia - Tolerância - Código Penal neerlandês - Código Penal brasileiro.

Abstract: The adoption of euthanasia procedure in the Netherlands is subject of constant debates about the criteria for its implementation. The true story of the book *Komt een vrouw bij de dokter* (A woman goes to the doctor) released in 2003 has raised new discussions over the issue. According to the Dutch Criminal Code euthanasia remains illegal, however the legislation does not apply penalties for doctors who perform this practice. By contrast, the lack of debate about euthanasia in Brazil favors the gap between the country demands and its legal system. The absence of clear information of euthanasia demonstrates the relevance of better understanding for civil society over this topic.

Keywords: Euthanasia - Tolerance - Dutch Criminal Code - Brazilian Criminal Code.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Lei da eutanásia – 2.1. *Komt een vrouw bij de dokter*, Uma mulher vai ao médico – 3. A eutanásia e a comunidade internacional – 4. O debate sobre a eutanásia no Brasil – 4.1. O testamento vital no Brasil – 4.2. A eutanásia e a saúde pública no Brasil – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de decidir acerca de como conduzir o final da vida diante do diagnóstico de uma doença incurável pode ser motivo de conforto e alívio para alguns indivíduos. A ideia de amenizar ou extinguir um sofrimento interminável deve ser reconhecida como fato referente à dignidade da pessoa humana. A escolha da eutanásia *per se* não significa que todos os indivíduos sejam favoráveis e devam optar por este procedimento, no entanto, confere liberdade para aqueles que assim o entendam como meio mais digno de colocar fim ao próprio sofrimento.

Ao contrário do imaginário preponderante que divide as opiniões sobre a implementação da eutanásia em dois grupos, aqueles que a defendem por razão de uma "total autonomia pessoal" e aqueles que acreditam na sacralidade da vida humana e, por este motivo, acreditam que discutir este bem maior é algo "intolerável", a discussão apresenta argumentos mais sensíveis e realistas. O debate sobre a eutanásia deve encontrar um embasamento maduro em conformidade com a realidade de cada país e seu ordenamento jurídico. Em decorrência da complexidade do assunto, casos concretos frequentemente são utilizados para abordar um tema de tamanha sensibilidade.

Desde os anos 1970, a eutanásia tem sido alvo de debate nos Países Baixos e também em âmbito internacional. Observar a tolerância da eutanásia nos Países Baixos contribui como parâmetro para compreender um procedimento que não foi escolhido de forma arbitrária nesse país, tendo em vista a adoção de uma série de critérios para ser realizada. Os Países Baixos sofreram mudanças culturais significativas nas décadas de 1960 e 1970 e passaram a ser conhecidos como precursores de várias políticas liberais, como aborto, casamento gay, eutanásia, democratização das instituições de ensino, laicização do Estado e descriminalização da maconha e do haxixe. O debate sobre a legalização da eutanásia não foi levado a cabo pela classe política neerlandesa, mas fomentado pela sociedade civil em decorrência da importância do tema para aqueles que

CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 15-36, dez. 2016.

vivenciam um sofrimento interminável, seja pela própria angústia ou a de um ente querido.[1]

A discussão nos Países Baixos torna-se relevante por demonstrar diferentes nuances do debate. A eutanásia surge em um contexto em que o avanço da medicina proporciona maior longevidade à população, no entanto, o aumento da expectativa de vida vem acompanhado do questionamento sobre a qualidade de vida. A experiência neerlandesa leva a questionamentos acerca do crescente poder dos médicos tanto para prolongar o tempo de vida do ser humano como para estabelecer o melhor momento para o fim da vida. Em conformidade com o entendimento de alguns estudiosos desse país, a realização da eutanásia resultou em um aumento sem precedentes do poder médico em relação à vida humana. A infinidade de definições, critérios e justificativas para a eutanásia sofreu mudanças ao longo de três décadas nos Países Baixos.[2]

Os defensores da eutanásia alegam que o fato de este procedimento ser acordado entre médico e paciente lhe confere um caráter legítimo, pois, à diferença do aborto, na eutanásia não haveria terceiros envolvidos no processo. A eutanásia seria uma forma justa de evitar o sofrimento prolongado causado por um quadro clínico irreversível. A opção consciente de dar fim a um sofrimento desmedido segundo os que a defendem seria uma forma digna de dar fim à própria vida. Trata-se da liberdade de escolha para os que vivenciam um momento tão delicado.

Para os opositores da eutanásia, sua legalização favoreceria o aumento na morte de pessoas com deficiência, recém-nascidos com doença congênita e dos doentes terminais. Um problema encontrado em sua implementação nos Países Baixos foi a possibilidade de opções oferecidas baseadas na ideia de que o paciente pode ter a almejada "morte boa". Não há consenso acerca dos critérios para implementar a eutanásia por parte da sociedade civil, sendo essa temática alvo de constantes debates e mudanças acerca dos critérios para sua prática.

O debate acerca da diferença entre eutanásia ativa e passiva não será observado, tendo em vista sua irrelevância sob o prisma da legislação neerlandesa. A eutanásia deve ser definida como ato intencional para diminuir ou extinguir a vida de um paciente em quadro clínico terminal de acordo com o interesse

1. GRIFFITHS John *et al*, *Euthanasia and law in the Netherlands*. Amsterdam: Amsterdam University Pres, 1998 , p. 12-13.

2. HAVE, Henk ten; WELIE, Jos. *Death and medical power*: An ethical analysis of Dutch euthanasie practice. New York: Open University Press, 2005, p. 2.

seu interesse.[3] Na eutanásia, o término da vida é conduzido de forma ativa pelo médico mediante diagnóstico de quadro irreversível e sofrimento insuportável do paciente.

2. LEI DA EUTANÁSIA

Em 2002, entrou em vigência a Lei da Eutanásia nos Países Baixos, a lei passou a regularizar a possibilidade de o paciente por fim à própria vida e também o requerimento para o suicídio assistido. A lei neerlandesa não distinguiu sofrimento físico ou mental, isto é, houve abrangência de ambos os casos. Segundo a legislação desse país definiu, tanto eutanásia como suicídio assistido só podem ser conduzidos por um médico. Um pedido para terminar com a própria vida deve sofrer sanções penais somente se o pedido/requerimento não estiver de acordo com as cláusulas estabelecidas na lei da eutanásia.

No suicídio assistido, o médico entrega uma bebida letal ao paciente. O médico deve estar presente até sua morte, se o paciente não falecer com a ingestão da bebida, este mesmo médico deverá lhe aplicar uma injeção letal. Na eutanásia, o médico, por meio de injeção ou infusão, provoca a perda de consciência do paciente. Posteriormente, é dado um relaxante muscular que causa paralisia respiratória, e a morte ocorre. A eutanásia e o suicídio assistido, após terminados, devem ser informados pelo médico ao legista municipal.[4]

O sofrimento mental requer comprovação também de um médico em separado, de que todos os requerimentos ocorreram por alegação de sofrimento físico. Dos 20.000 casos de eutanásia ou suicídio assistido praticados desde a vigência da lei até 2008, todos os pedidos alegavam sofrimento físico. Em 90% dos casos tratava-se de pacientes com câncer em fase terminal. Cabe enfatizar que os médicos podem recusar um pedido de eutanásia, bem como os enfermeiros podem se negar a trabalhar na preparação da eutanásia. Não cabe processo em face de um médico ou enfermeiro que se recuse a participar do procedimento de eutanásia.[5]

A aplicação da eutanásia nos Países Baixos demanda toda uma organização institucional para o seu controle e fiscalização. O estabelecimento de Comissões de Revisão Regionais para avaliar a adequada conduta dos médicos a

3. Idem, p. 12.

4. GEZONDHEIDSNET. *Wat is euthanasie?* Hulp bij zelfdoding, Zelfdoding. Disponível em: [www.nvve.nl/wat-euthanasie/zelfdoding/]. Acesso em: 20 dez. 2015.

5. Idem.

todos os procedimentos legais é mecanismo fundamental para o controle da eutanásia. Como condição para que o requerimento seja aceito, a solicitação do paciente deve ser voluntária e baseada em sofrimento insuportável e total desesperança quanto a uma possível cura.

Não obstante a vontade seja exclusivamente do paciente, o médico tem que estar de acordo e informar de forma clara acerca do quadro clínico daquele que pretende realizar a eutanásia. Embora seja uma decisão do paciente, pode-se dizer que é uma decisão de ambas as partes, pois o médico tem que estar de acordo que não há outra solução razoável para o caso e aceitar participar do procedimento. É dever do médico envolvido diretamente no caso consultar pelo menos um colega também especializado acerca do quadro clínico. O médico deve esclarecer e justificar por escrito o procedimento para a Comissão de Revisão.[6]

Após a morte do paciente em decorrência da eutanásia, o médico deve escrever um relatório sobre como os fatos ocorreram. A morte não natural deve ser informada ao médico legista municipal. O legista examina o corpo do falecido e realiza seu relatório. Ambos os relatórios são enviados à Comissão de Revisão Regional (se for necessário, também o requerimento do paciente com o pedido da eutanásia será enviado) na circunscrição onde a eutanásia ocorreu. O promotor da mesma circunscrição da Comissão de Revisão Regional receberá o relatório do médico legista municipal para então ser dada permissão para enterrar o corpo.[7]

Cabe enfatizar que nos Países Baixos não há possibilidade de pedido familiar para eutanásia, mesmo que o paciente não esteja em condições de expressar sua vontade. Por isso, cabe ao médico verificar se realmente esta é a vontade do paciente. Existe uma rede de médicos neerlandeses ligados ao Conselho de Medicina que é treinada para prestar consultoria sobre a eutanásia para médicos que sejam solicitados com pedidos de eutanásia ou suicídio assistido. Esta rede é chamada *Steun en Consultatie bij Euthanasie in Nederland* (SCEN), em português Apoio e Consulta sobre a Eutanásia nos Países Baixos. O SCEN

6. Importante ressaltar que o suicídio assistido requer uma avaliação específica em razão da circunstância de desesperança do indivíduo e um quadro psíquico que requer ainda mais atenção. BOER, A.P. de; OEI, T.I. Hulp bij zelfdodiging in de psychiatrie; stand van zaken en bespreking van een recente casus, *Tijdschrift voor Psychiatrie*, n. 53, 2008. p. 543-550. Disponível em: [www.tijdschriftvoorpsychiatrie.nl/assets/articles/TvP11-08_p543-550.pdf]. Acesso em: 28 dez. 2015.

7. GEZONDHEIDSNET. *Euthanasie*. Hoe werkt dat precies? Disponível em: [www.gezondheidsnet.nl/medisch/euthanasie-hoe-werkt-dat-precies]. Acesso em: 06 jan. 2015.

é um programa direcionado para médicos nos Países Baixos e algumas colônias neerlandesas (Bonaire, Santo Eustáquio e Saba) que vivenciam o contexto de um requerimento de eutanásia.[8] O objetivo é assessorar os profissionais diretamente relacionados com o seu aspecto prático.

Ao contrário do que os opositores da eutanásia pensavam, não houve aumento no número de eutanásias praticadas com a entrada em vigor da lei. De acordo com o Centro Médico Universitário Rotterdam, Erasmus M C, no ano de 2010 morreram 4.050 doentes terminais em decorrência da eutanásia, número semelhante ao ano de 2002, em que passou a vigorar a lei.[9]

Não houve aumento dos casos de eutanásia com a vigência da lei, entretanto, ocorreu a diminuição no caso de pedidos explícitos. Como a lei permite que os pacientes expressem antes sua vontade, alguns pacientes preferem já prever uma situação futura e optar por fazer eutanásia no caso de doença incurável e terminal. A opção pela eutanásia deve atender a uma série de critérios legais, trata-se de um procedimento que requer embasamento médico e jurídico. Importante observar que mesmo com a vontade *a priori* expressa, o requerimento de eutanásia pode ser negado por não atender ao contexto fático necessário.

Mesmo com a Lei da Eutanásia, sob o ponto de vista técnico, a eutanásia é considerada ilegal nos Países Baixos. A lei trouxe a sua "tolerância" e a possibilidade de os médicos conduzirem o procedimento de acordo com todas as normas legais.[10] A legislação neerlandesa trouxe uma solução para a eutanásia e o suicídio assistido, que, na prática, eram conduzidos por algum familiar em vez do médico. Estabelecer critérios técnicos para avaliar a possibilidade de realizar a eutanásia e fiscalizar a conduta médica em cada caso concreto foi a forma encontrada pelo poder público neerlandês de regularizar uma situação social. Não obstante os argumentos de cunho religioso, a eutanásia é a opção de alguns pacientes com doença em estágio terminal com desesperança de cura e prolongado sofrimento.

---

8. VERANTWOORD MEDISCHE ZORG. SCEN, KNM, *Diensten*. Disponível em: [www.knmg.nl/Diensten/SCEN.htm]. Acesso em: 06 jan. 2015.
9. GEZONDHEID. *Euthanasie leidde niet tot meer euthanasie*, 10 Juli 2012. Disponível em: [www.nu.nl/gezondheid/2856077/euthanasiewet-leidde-niet-meer-euthanasie.html]. Acesso em: 06 jan. 2015.
10. THE ECONOMIST. *Euthanasia*: Time to die, July 12th 2012. Disponível em: [www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2012/07/euthanasia]. Acesso em: 06 jan. 2016.

2.1. Komt een vrouw bij de dokter, *Uma mulher vai ao médico*

O livro neerlandês intitulado *Komt een vrouw bij de dokter*, ou em português Uma mulher vai ao médico foi um *best seller* nos Países Baixos, sua venda alcançou 100.000 cópias em 2003, e foi traduzido em 10 países. O livro relata a história verídica de uma mulher (Carmen) que, diante de todo o sofrimento causado por seu câncer de mama incurável, decide realizar a eutanásia em sua fase terminal. O autor e narrador da história é seu marido, Kluun, que conta em detalhes a vida familiar do casal e de sua filha, Luna. A mulher de Kluun, que falece com 36 anos, no decorrer da doença opta por realizar a eutanásia. Uma das partes mais marcantes da história é quando Carmen, ao escolher pela eutanásia, diz: "Pelo menos eu posso escolher alguma coisa. Eu posso determinar o rumo de minha vida". A eutanásia vem como um alívio para Carmen, que toma a decisão de forma consciente.

O aspecto fundamental do livro é seu esclarecimento acerca da realização do procedimento de eutanásia nos Países Baixos. Em sua fase terminal, Carmen liga para o oncologista para pedir esclarecimentos sobre o procedimento. O médico explica que a paciente deve escrever uma carta na qual relate as condições em que deseja se submeter à eutanásia. A carta deve ser assinada. Então, a paciente deverá ter uma reunião com seu médico e também com um médico que não esteja envolvido diretamente no caso. Ambos os médicos devem escrever um relatório no qual estejam de acordo que a paciente apresenta quadro clínico incurável com sofrimento desumano. Deve ficar claro que não há nenhuma coação, pressão familiar ou por parte de outras pessoas. Após terminada esta primeira parte do processo, a paciente poderá definir quando deseja sua morte.[11]

O médico vai pela manhã até a casa de Carmen e, diante de suas reclamações quanto ao aumento das insuportáveis dores nas costas, o médico diz que retornará pela tarde com um colega para ajudar a preparar o requerimento jurídico para a eutanásia. Em uma reunião para solicitar a eutanásia com a presença dos dois médicos, Carmen relata como e quando deseja realizar o procedimento. Ambos os médicos assinam o formulário e Carmen se diz feliz com a decisão. Carmen decide realizar o procedimento da eutanásia onze dias após a conversa com o médico.[12]

11. KLUNN. *Komt een vrouw bij de dokter*. Amsterdam: Uitgeverij Podium, 2003, p. 267-268.

12. Idem, p. 292.

No dia marcado na casa de Carmen para o procedimento de eutanásia, o oncologista inicia uma conversa para confortá-la. O médico lhe dá uma bebida para que perca a consciência e a explica que deverá bebê-la em um só gole e devagar. Após a ingestão da bebida, o copo tem que ser descartado. O doutor esclarece que em aproximadamente dez segundos a paciente ficará sonolenta, em decorrência da rapidez do efeito da substância para perda da consciência, por isso, o médico pede a Carmen que, antes de ingerir o líquido, se despeça dos seus familiares. O médico espera o momento em que Carmen decide iniciar o procedimento.[13]

Carmen adormece, a respiração fica mais lenta e o médico mede seu pulso. Sob o ponto de vista clínico ela já está inconsciente. Cinco minutos depois o médico diz que precisa tratar dos aspectos jurídicos com a família e começa a explicar as diferenças entre os procedimentos da eutanásia ativa e passiva e do suicídio assistido. Depois de assegurar a total perda de consciência da paciente, o médico prepara a injeção letal. Quinze segundos após a aplicação da injeção letal, Carmen está morta. Em seguida, o médico telefona para um segundo médico, que precisa ir até local verificar se os aspectos técnicos e jurídicos estão em conformidade com a lei. No último capítulo do livro, o autor enfatiza o contexto familiar no qual se deu o procedimento.[14]

Cada cultura reconhece distintos parâmetros para lidar com situações inerentes a todo ser humano. A personagem principal do livro decide de forma bastante racional e consciente pela eutanásia e mantém sua opção até o último momento. Cabe lembrar que nos Países Baixos, uma vez tomada a decisão, o paciente pode optar por não realizá-la caso mude de ideia. Decidir pela eutanásia não é algo definitivo. A maneira como Carmen se organiza durante os onze dias em que aguarda o procedimento, despedindo-se de todos os entes queridos, deixando fotos e vídeos de lembrança para sua filha, que tinha 3 anos no momento de sua morte, escolhendo quem estaria no quarto, como seria seu enterro e a despedida do marido são elementos que definem o modo de pensar em determinada cultura. Entretanto, o debate acerca da eutanásia ultrapassa limites culturais, tendo em vista que o sofrimento diante de uma doença incurável é algo intrínseco do ser humano.

Não obstante em algumas culturas e países se priorize uma postura racional e, portanto, mais distante de crenças e religiões, isso não significa que as opiniões sejam homogêneas. Mesmo em países onde a eutanásia é aceita, existem aqueles

13. Idem, p. 293.

14. Idem, p. 294.

que são contra a eutanásia e aqueles que são favoráveis, mas contra o modo de implementação em seu país. Aceitar e tolerar a eutanásia tampouco significa que todo paciente portador de doença incurável e terminal vá optar por um procedimento como a eutanásia ou o suicídio assistido. No entanto, a maioria dos cidadãos neerlandeses acredita ser uma forma de amenizar uma circunstância de infindável angústia para aquele que se encontra em desesperadora situação.

3. A EUTANÁSIA E A COMUNIDADE INTERNACIONAL

O debate sobre a implementação da eutanásia ganha respaldo na arena internacional, sendo alvo de discussão em vários países. A necessidade de regularizar a eutanásia para que esta ocorra de forma a evitar maiores sofrimentos para o paciente demanda profundo e urgente debate. A discussão deve ser analisada sob a perspectiva internacional em razão da importância do tema e a inexistência de soluções prontas. Mesmo em países onde é executada a eutanásia, como Países Baixos, Suíça e Bélgica, o tema suscita constantes debates. A demanda pela eutanásia também deve ser relacionada com o aumento de casos de câncer em nível mundial. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), 8.2 milhões de pessoas morrem diagnosticadas por câncer no mundo, isso corresponde a 13% dos óbitos em nível internacional. Nas duas próximas décadas, a expectativa é de que o número de diagnósticos de câncer aumentará em 70%.[15]

O debate acerca da eutanásia e do suicídio assistido teve crescimento significativo nos países ocidentais nos últimos anos. A revista *The Economist* realizou uma pesquisa em 15 países e, exceto na Polônia e na Rússia, a maioria dos entrevistados se disse favorável à eutanásia. A ideia de que os médicos podem ter permissão para executar um procedimento de eutanásia ou suicídio assistido ganha cada vez mais espaço por parte da sociedade civil. Nos Estados Unidos, mais de três quintos dos entrevistados aceitam a ideia da eutanásia, no entanto, alguns não sabem dizer ao certo como o procedimento deveria ser realizado. Processos de aprovação de lei ocorreram no ano de 2015 na África do Sul, na Alemanha, no Canadá e na Grã-Bretanha e em 20 estados dos Estados Unidos.[16]

15. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Cancer*. Disponível em: [www.who.int/cancer/en/]. Acesso em: 07 jan. 2016.

16. THE ECONOMIST. *Campaigns to let doctors help the suffering and terminally ill to die are gathering momentum across the West*, v. 415, n. 8944, June 27th 2015. London: *The Economist Newspaper Limited*, p. 16.

Em razão das especificidades na aplicação da eutanásia em cada país, mesmo nos países onde é permitida, como nos Países Baixos, existem críticas com relação ao processo burocrático necessário à sua implementação. Em alguns casos o paciente falece antes de receber a anuência para realizar a eutanásia. A legislação neerlandesa, por tolerar a eutanásia e o suicídio assistido e não legalizá-los, decidiu adotar critérios bastante rigorosos na sua implementação. Por este motivo, na prática, alguns pacientes que já tiveram seu requerimento aceito falecem antes do procedimento, em decorrência da própria doença. A tolerância da eutanásia visa atender casos específicos e regularizar a conduta dos profissionais que vivenciam os dilemas dos sofrimentos dos pacientes.

Outros países, como a Suíça, optaram por procedimentos mais céleres. Segundo a lei suíça, mesmo pacientes que não estejam doentes ou os não residentes podem ingressar com um pedido de eutanásia ou suicídio assistido. Ao mesmo tempo, a celeridade da prática da eutanásia na Suíça tem sido alvo de críticas pela excessiva rapidez do procedimento. A frequência das chamadas "viagens de eutanásia" para a Suíça por aqueles pacientes europeus que acabam de ser diagnosticados com câncer ainda em fase inicial têm sido alvo de críticas por parte da comunidade internacional. A legislação suíça é objetiva e reconhece que manter um ser humano vivo demanda custos.[17] A forma como a legislação suíça aborda o assunto provoca inúmeras críticas por parte da comunidade internacional ao conferir um caráter pragmático para uma opção de tamanha complexidade.

O risco de banalizar a eutanásia suscita preocupações mesmo por parte dos que a defendem como opção. O debate sobre a eutanásia transcende sua anuência ou rejeição, mas implica critérios adotados para sua implementação. Discutir e regulamentar a eutanásia exigem uma aproximação com a sociedade civil para observar as demandas em dada sociedade. A eutanásia deve ser considerada uma escolha consciente para aqueles que se encontram em situação de extrema fragilidade. O assunto requer maior esclarecimento acerca dos benefícios e possíveis problemas de sua implementação em conformidade com critérios bem definidos e debatidos.

17. THE ECONOMIST. *Where to go to die*, July 19th 2014. Disponível em: [www.economist.com/news/international/21607888-small-group-countries-helping-someone-die-not-crime-where-go-die]. Acesso em: 07 jan. 2016.

4. O DEBATE SOBRE A EUTANÁSIA NO BRASIL

O debate sobre a eutanásia em âmbito nacional ainda encontra forte respaldo religioso, sendo o tema morte considerado tabu por parte da sociedade civil. Para os oponentes da eutanásia, a vida seria sagrada e, por esta razão, haveria a impossibilidade de intervenção humana sobre este bem maior. De acordo com esta corrente, discutir a eutanásia seria inviável, pois o fim da vida só deve ser determinado por Deus. Para este argumento não há como debater procedimentos de eutanásia ou suicídio assistido, tendo em vista a impossibilidade de controle sobre algo inerente à uma força maior.

Embora a importância jurídica da eutanásia seja evidente, existe uma tendência a tratar o tema unicamente sob o prisma ético e moral, como se estivesse desvinculado de seu aspecto prático. A discussão sobre o tema deve abarcar sua forma mais ampla para melhor compreender as situações conflituosas de um ser humano portador de uma doença incurável que deseja pôr fim à própria vida. Cabe relembrar que, com base na percepção do sofrimento de doentes em fase terminal, nos Países Baixos, em 1993, é aprovada uma lei impedindo que os médicos que praticassem a eutanásia ou o suicídio assistido fossem penalizados.[18] Apesar de a Lei da Eutanásia entrar em vigor em 2002, a lei anterior já reconhecia a necessidade de despenalizar alguns casos concretos para os médicos que a praticassem. A discussão sobre a temática encontra um viés conservador em âmbito nacional.

Segundo a legislação do Brasil, a eutanásia é compreendida como crime de homicídio. De acordo com o Código Penal brasileiro de 1940, não há uma classificação específica para esse tipo de conduta. Não obstante, o Código Penal brasileiro tenha dado expressa previsão legal para o homicídio privilegiado, ao dispor em seu § 1.º do art. 121, "se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço", não há previsão para a tipicidade da conduta. De acordo com Fragoso, embora haja esta previsão legal do homicídio privilegiado, a redução da pena é facultativa e deixa uma subjetividade em sua interpretação.[19] Este homicídio privilegiado a que faz referência o Código Penal dispõe acerca

18. VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia*: humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, p. 120.

19. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Crimes contra a pessoa*. Crimes contra a vida. Homicídio. p. 12. Disponível em: [www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo58.pdf]. Acesso em: 28 jun 2016.

dos interesses particulares do agente e não faz referência à manifestação de vontade da vítima, sendo esta irrelevante para descaracterizar a tipicidade da conduta.

Diferentemente da legislação neerlandesa, em que o consentimento da vítima é fundamental para o contexto fático da "permissão" da eutanásia, no Brasil este consentimento não detém a mesma relevância. Como alude Sá, "é indiferente para a qualificação jurídica dessa conduta e para a correspondente responsabilidade civil e penal que o paciente tenha dado o seu consentimento, ou mesmo implorado pela medida".[20] Em nenhum momento a legislação brasileira aufere algum grau de importância para a manifestação de vontade do paciente, havendo total descomedimento com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana que permeia todo o ordenamento jurídico e deveria proporcionar alguma autonomia para o indivíduo poder conduzir suas escolhas pessoais, especialmente em momentos de permanente sofrimento, é muitas vezes usado em desfavor de sua essência. Como define Mello, "os princípios que permeiam estão fincados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, no caso (des)respeito pela vida, pela integridade psicofísica, pela moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam violadas estar-se-á diante da dignidade da pessoa humana".[21] A imposição de um padrão de comportamento desvinculado de qualquer possibilidade de manifestação de vontade em situações de tamanha fragilidade afasta a titularidade do direito a uma morte digna.

A classificação do tipo penal ainda suscita controvérsias quanto à pena a ser aplicada na legislação brasileira. O PL 236, que foi apresentado ao Senado Federal em 07.07.2012, traz a tipificação da eutanásia. De acordo com seu art. 12, *in verbis*: "Matar por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave". O novo código prevê pena de prisão de 2 a 4 anos pelo crime de eutanásia, trazendo expressa previsão legal.[22] De acordo

20. SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 2.

21. MELLO, Cleyson de Moraes. *Constituição da República anotada e interpretada*. Campo Grande: Complementar, 2013, p. 33.

22. PINHEIRO, Filipe. A tipificação da eutanásia no Projeto de Lei n. 236/2012 do Senado Federal (novo Código Penal). *Portal de E-Gverno*. Disponível em: [www.egov.ufsc.

com o projeto de lei, a vida é um bem indisponível, sendo inadmissível pensar em liberdade de escolha para a morte. A legislação brasileira não permite a possibilidade de escolha do paciente em um processo de morte, tornando-se uma afronta para aqueles que vivenciam uma situação prolongada de intensa dor. O Direito deveria acompanhar o contexto fático vivenciado pela sociedade.

Cabe ressaltar que nenhum direito fundamental deve ser absoluto conforme entendimento jurídico pátrio. Segundo a visão do Supremo Tribunal Federal (STF), nenhum direito deve prevalecer de maneira absoluta sobre outro. Segundo o STF, não há direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.[23] Para os casos concretos, a ponderação de princípios é frequentemente utilizada no judiciário brasileiro. Nesse diapasão, os direitos fundamentais são considerados um conjunto de valores objetivos básicos, em vez de ser observados sob uma perspectiva exclusivamente subjetiva.

A deficiência de debate sobre o assunto não significa que este seja desconsiderado pela sociedade civil. Ao contrário, a polêmica sobre o tema é cada vez maior em âmbito nacional, tendo em vista a divergência de opiniões sobre o assunto. A crescente longevidade da população mudou os parâmetros para abordar a morte. A eutanásia deixa de ser analisada sob exclusivos aspectos éticos e morais, a temática ganha outra forma de análise de acordo com a percepção de cada indivíduo. A busca por maior autonomia de vontade pela sociedade civil retoma um novo paradigma para o debate e determina uma abordagem realista para a eutanásia.

4.1. O testamento vital no Brasil

A opção pelo instrumento jurídico conhecido popularmente como testamento vital tem motivado interesse para os indivíduos que desejam maior liberdade de escolha no fim da vida. O testamento vital permite a documentação da vontade expressa para aquele paciente que deseja garantir a suspensão de procedimentos como reanimação ou cirurgia. O documento também pode ser utilizado para assegurar que essas intervenções sejam colocadas em prática. Este documento ainda elenca a possibilidade de mandato duradouro para o

br/portal/conteudo/tipifica%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-projeto-de-lei-n%C2%BA-23612-do-senado-federal-novo-c%C3%B3digo-penal]. Acesso em: 08 jan. 2016.

23. LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal, Âmbito *Jurídico*. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242]. Acesso em: 08 jan. 2016.

paciente que pretende nomear um procurador para tomar decisões em caso de doença terminal.[24]

Para o testamento vital, a recomendação é que este documento seja redigido antes do diagnóstico de doença grave. A legislação entende que o fator emocional poderia influenciar a decisão e a elaboração consciente de diretivas. A urgência de um debate aprofundado do tema encontra respaldo no aumento da demanda por testamentos vitais. Em 2013 foram elaborados 475 testamentos vitais segundo dados do Colégio Notarial do Brasil. Houve aumento de 9.400% quando comparado aos últimos cinco anos.[25]

A crescente demanda pelo testamento vital é desvinculada de uma maior regulamentação sobre a matéria em âmbito nacional. A regulamentação do Conselho Federal de Medicina em 2012 não significa que a vontade do paciente seja considerada, pois cabe ao judiciário decidir em conformidade com o caso concreto. A norma se refere às responsabilidades dos médicos e profissionais da saúde, não havendo menção sobre a validade do documento.[26] O súbito aumento na procura por este documento determinou a regulamentação por parte do Conselho Federal de Medicina. No entanto, a validade do documento será decidida pelo juiz. O descompasso entre costumes e legislação é evidente, levando-se em consideração a demanda por esta opção pela sociedade civil.

A ausência de legislação específica para formalização do testamento vital demonstra que este procedimento deve ser analisado com precaução, tendo em vista as próprias restrições do ordenamento jurídico pátrio para procedimentos como a eutanásia. O testamento vital surge de uma demanda da sociedade civil por uma alternativa racional para os que vivenciam momento de insuportável dor. Conforme aborda Möller:

> (...) o princípio da qualidade de vida encerra a ideia de que a vida humana não é um valor absoluto, mas digno de proteção enquanto apresente um determinado nível de qualidade de vida, representada pela capacidade do ser humano se relacionar com os demais indiví-

24. APPEL, Camila. Brasileiros aderem a documento que guia tratamento em fase terminal. *Folha de S. Paulo*. Caderno Equilíbrio e Saúde, 22.12.2015. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/12/1721973-brasileiros-aderem-ao-documento-que-guia-tratamentos-em-fase-terminal.shtml]. Acesso em: 08 jan. 2016.

25. WENDDEL, Salomão e JACOB, Cristiane Bassi. Testamento vital: instrumento jurídico para resguardo da vontade pertinente a situações existenciais e de saúde, Colégio Notarial do Brasil, 2015. Disponível em: [www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjYyNA]. Acesso em: 08 jan. 2016.

26. APPEL, Camila. Camila Appel. Op. cit.

> duos e de comunicar suas vontades por meio de seus próprios atos. Paralelo ao fato de ser um direito irrenunciável – o direito ao livre arbítrio – um enfermo em estado terminal, pode, muitas vezes, possuir condições de manifestar a sua vontade. Trata-se de evitar o prolongamento artificial e desnecessário de uma existência inviável.[27]

Outra temática que se correlaciona com o testamento vital é a doação de órgãos, que deve ser autorizada pela família. Segundo a Lei 10.211/2001, é necessária a autorização expressa da família para que se efetive a doação de órgãos. Nesse sentido, há dificuldade de aceitação da norma pela impossibilidade de decisão autônoma do indivíduo. Esta normativa traz reflexos para o modo de interpretação do testamento vital que deve expressar a vontade do próprio indivíduo. O entrave cultural se coaduna com a lacuna legislativa para possibilitar uma regulamentação específica acerca do assunto.

A consolidação da política pública de transplante de órgãos no Brasil, iniciada em 1960, favorece de certa forma a discussão sobre a morte, pois coloca o tema em evidência, ainda que de forma insuficiente. Para isso foi necessário o poder público desmitificar a população sobre o procedimento de transplante de órgãos.[28] Proferir o debate munido de informações precisas contribuiu para o melhor entendimento da população sobre um assunto tão controverso. A doação de órgãos colocou em voga a preocupação pela maior autonomia de vontade na esfera privada por parte da sociedade civil. Dessa forma, as Diretivas Antecipadas de Vontade se materializaram como instrumento jurídico para antecipar eventos futuros.

A discussão acerca da eutanásia deve atender uma visão realista em consonância com a situação presenciada nos hospitais brasileiros. Por esse motivo, a perspectiva ético-moral não deve estar desvinculada da área da saúde pública e seus agravantes econômicos. O debate abrangente deve conter o entendimento ético-moral, biomédico, econômico e jurídico e as especificidades de cada uma dessas esferas. Observar o caso concreto no contexto nacional facilita a compreensão sobre a necessária legislação sobre o assunto.

---

27. MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2007, p. 13.

28. RÊGO, Sarah Goiatá; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. *As diretivas antecipadas de vontade na política de doação de* órgãos, Âmbito Jurídico, 2014. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/33626/as-diretivas-antecipadas-de-vontade-na-politica-de-doacao-de-orgaos]. Acesso em: 08 jan. 2016.

4.2. A eutanásia e a saúde pública no Brasil

Incidentes inesperados não são raros em hospitais brasileiros, alguns fatos noticiados pela mídia devem retomar a discussão com bases condizentes com a perspectiva do caso concreto. A acusação sobre a médica Virgínia Helena Soares de Souza, da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) do Hospital Evangélico de Curitiba, de praticar a eutanásia requer nova reflexão. Segundo a denúncia, a médica antecipava óbitos, especialmente daqueles pacientes pertencentes ao Sistema Único de Saúde (SUS). De acordo com as investigações dos prontuários, os óbitos da UTI podem ter sido provocados pela médica. Segundo um enfermeiro, o paciente de UTI possui dois pontos críticos: a ventilação mecânica e as medicações que servem para manter a pessoa viva. Esta testemunha alegou que a médica interrompia algum desses procedimentos ou ambos.

Segundo o delegado da Polícia Civil do Paraná, havia indícios suficientes para que fosse instaurado o inquérito policial e decretada a prisão cautelar da médica. A médica foi presa quando estava a trabalho no próprio hospital. Além de ser suspeita pela prática da eutanásia, a médica é acusada de maus-tratos a internados.[29] O caso incentivou novas discussões sobre a indispensável definição legal para esta situação fática.

Além da manifestação de repúdio da população sobre a conduta da médica, a questão acerca do prolongamento da vida mesmo diante de um quadro clínico irreversível foi outra consequência após o fato noticiado. A eutanásia, também compreendida no ordenamento jurídico brasileiro, como abreviação da morte, tem como um de seus exemplos o desligamento de aparelhos quando o paciente se encontra em estado vegetativo. Mesmo havendo a Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM) acerca do tema, ao dispor, em seu art. 1.º, que "É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos ou tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal".[30]

---

29. O GLOBO. *Médica acusada de praticar eutanásia em UTI de Curitiba é indiciada*, 20.02.2013. Disponível em: [http://oglobo.globo.com/brasil/medica-acusada-de-praticar-eutanasia-em-uti-de-curitiba-indiciada-7633340]. Acesso em: 08 jan. 2016.

30. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.805/2006. Disponível em: [www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm]. Acesso em: 08 jan. 2016.

Não obstante, a suposta permissão para eutanásia em caso de doença incurável, a resolução sofreu profundos questionamentos pelo Ministério Público, havendo inclusive a proposta de uma Ação Civil Pública para impedir este tipo de procedimento. De acordo com o Ministério Público, esta resolução confrontaria o ordenamento jurídico pátrio. A tese foi acatada pelo poder judiciário, no entanto, após uma análise mais criteriosa, o juiz acolheu a decisão do Conselho Federal de Medicina.[31] Nesse contexto, a resolução permanece válida, ainda que falte clareza em relação à uma série de aspectos sobre a prática de eutanásia no Brasil.

As lacunas no ordenamento jurídico pátrio são evidentes, causando mais dúvidas que regularizando o procedimento de eutanásia já existente no país. A Resolução do Conselho Federal de Medicina e o testamento vital demonstram a escassez de possibilidades diante da temática. A Resolução do CFM conferiu uma autonomia para os médicos que careceu de um debate claro e objetivo para esclarecer a sociedade civil. O testamento vital fornece autonomia de vontade para aqueles que estão seguros de que não querem que sua vida seja prolongada diante da uma enfermidade irreversível. Entretanto, a maior autonomia para a classe médica e para a sociedade civil esteve em dessintonia com a discussão ampla sobre como deve se dar o procedimento de eutanásia. Faz-se essencial observar que a regulamentação legal nos Países Baixos determinou critérios extremamente precisos para o procedimento de eutanásia em razão da seriedade da matéria. A regulamentação em aberto, como vem sendo realizada no Brasil, desfavorece tanto os oponentes como aqueles que são favoráveis à eutanásia, por deixar uma extensa margem para diversas interpretações. A regulamentação ineficaz causa insegurança jurídica sobre a real autonomia dos médicos sobre este procedimento e a efetividade da autonomia de vontade por parte do cidadão que opta por não ter sua vida prolongada em caso de quadro clínico irreversível. Estimular o debate transparente e claro é a forma mais responsável para se pensar em uma temática de tamanha complexidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a escassez de debate acerca da eutanásia no Brasil, discutir a morte e seus reflexos no ordenamento jurídico é fundamental para fomentar a discussão ponderada sobre o tema. Embora a eutanásia aborde temáticas extre-

31. PORTAL DOS HOSPITAIS DO BRASIL. *A eutanásia e o direito à morte*. Disponível em: [www.revistahospitaisbrasil.com.br/blogs/juridico/a-eutanasia-e-o-direito-a-morte/]. Acesso em: 08 jan. 2016.

mamente delicadas como o fim da vida, faz-se essencial observar sua demanda prática. Legalizar ou descriminalizar a eutanásia não significa impor sua aceitação para a sociedade civil. A legalização ou a descriminalização da eutanásia significa adotar este procedimento como uma opção para o caso concreto, isto é, em conformidade com a escolha de cada indivíduo.

Observar a implementação da eutanásia em outros países, como nos Países Baixos, contribui para ampliar parâmetros de análise e compreender a complexidade da temática. O fato de a eutanásia ser tolerada e não legalizada mesmo em países com ideias bastante liberais comprova a sensibilidade do tema. A urgência de uma regulamentação para a matéria, principalmente para os profissionais que trabalham diretamente na área da saúde, agilizou soluções pragmáticas para o tema nos Países Baixos. A necessidade de um respaldo legal para uma situação de vivência cotidiana da classe médica fomentou discussões aprofundadas por parte da sociedade civil. A liberdade de escolha torna-se requisito fundamental para disponibilizar a eutanásia para pacientes em quadro clínico terminal desde que realizada por médicos em conformidade com os trâmites estabelecidos.

Estabelecer o debate realista sobre o procedimento da eutanásia é a forma mais segura para evitar medidas aleatórias, como desligamento de aparelhos para casos de doentes terminais sem sua anuência expressa e consciente. Decidir sobre a possibilidade de escolha da eutanásia ou suicídio assistido de maneira consciente pelo paciente ou por seus familiares em momentos de sofrimento inimagináveis pode ser motivo de alívio para algumas famílias e indivíduos. A ausência da discussão não significa o repúdio à eutanásia por parte de toda a sociedade civil. Cabe lembrar que a escassez de debate não indica a inexistência de procedimentos para agilizar a morte de pacientes em hospitais brasileiros.

Ignorar a eutanásia por razões éticas, morais ou religiosas é uma maneira superficial de lidar com este tema de repercussões graves e preocupantes. Esta temática norteia necessariamente a discussão sobre a morte e suas implicações para a sociedade. A eutanásia costuma sofrer mudanças de opiniões quando a sociedade se depara com um caso concreto e vivencia o sofrimento de outrem. Debater a eutanásia também é uma maneira de observar direitos fundamentais, liberdade de escolha e ponderar diferentes argumentos para a situação fática. A omissão do profícuo debate em âmbito nacional demonstra descompasso com a necessária informação que deve ser fornecida e discutida para a sociedade brasileira. A escassez de discussões propagadas no Brasil demonstra total ausência de sintonia com a importância do tema para a comunidade internacional.

6. Referências bibliográficas

APPEL, Camila. Brasileiros aderem a documento que guia tratamento em fase terminal. *Folha de S. Paulo*. Caderno Equilíbrio e Saúde, 22.12.2015. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/12/1721973-brasileiros-aderem-ao-documento-que-guia-tratamentos-em-fase-terminal.shtml]. Acesso em: 08 jan. 2016.

BERNARDINO, Diogo Edilton. Eutanásia: o direito de morrer? *Revista Eletrônica de Filosofia*, v. V, n. 13, Faculdade Católica de Pouso Alegre. Disponível em: [www.theoria.com.br/edicao13/eutanasia_o_direito_de_morrer.pdf]. Acesso em: 07 jan. 2016.

BOER, A.P. de; OEI, T.I. Hulp bij zelfdodiging in de psychiatrie; stand van zaken en bespreking van een recente casus. *Tijdschrift voor Psychiatrie*, n. 53, 2008. p. 543-550. Disponível em: [www.tijdschriftvoorpsychiatrie.nl/assets/articles/TvP11-08_p543-550.pdf]. Acesso em: 28 dez. 2015.

CAMPOS, Alexandra. *Figuras públicas aderem a movimento para despenalizar morte assistida*. Público, 12.11.2015. Disponível em: [www.publico.pt/sociedade/noticia/antonio-pedro-vasconcelos-e-francisco-louca-participam-em-movimento-para-despenalizar-morte-assistida-1714126]. Acesso em: 10 jan. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.805/2006. Disponível em: [www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm]. Acesso em: 08 jan. 2016.

CRU, Saint Emillion Grand. *Ervaringsverhaal*: Hoe euthanasia ook de arts raakt? Longkanker Nederland. Disponível em: [www.kanker.nl/organisaties/longkanker-nederland--2/5461-ervaringsverhaal-hoe-euthanasie-ook-de-arts-raakt]. Acesso em: 28 dez. 2015.

CRUZ, Taisa Ferraz da Silva. Psicologia hospitalar e eutanásia. *Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar*, v 8, n. 2, 2005. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1516-08582005000200003&script=sci_arttext]. Acesso em: 10 jan. 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Crimes contra a pessoa*. Crimes contra a vida. Homicídio, 1972. Disponível em: [www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo58.pdf]. Acesso em: 28 jun. 2016.

GAMA, Carla Ferreira. *A eutanásia no direito brasileiro*. Artigo apresentado à Escola Superior de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ), 2010. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/CarlaFerreiraGama.pdf]. Acesso em: 05 jan. 2016.

GEZONDHEIDSNET. *Wat is euthanasie?* Hulp bij zelfdoding, Zelfdoding. Disponível em: [www.nvve.nl/wat-euthanasie/zelfdoding/]. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. *Euthanasie*. Hoe werkt dat precies? Disponível em: [www.gezondheidsnet.nl/medisch/euthanasie-hoe-werkt-dat-precies]. Acesso em: 06 jan. 2015.

_____. *Euthanasie leidde niet tot meer euthanasie*, 10 Juli 2012. Disponível em: [www.nu.nl/gezondheid/2856077/euthanasiewet-leidde-niet-meer-euthanasie.html]. Acesso em: 06 jan. 2015.

GIETELINK, Ab. *Wij denken ten onrechte dat we een moderne euthanasiewet hebben*, De Volkskrant, Opinie, 15.10.2013. Disponível em: [www.volkskrant.nl/opinie/-wij-denken-ten-onrechte-dat-we-een-moderne-euthanasiewet--hebben~a3527524/]. Acesso em: 28 dez. 2015.

GRIFFITHS, John *et al. Euthanasia and law in the Netherlands*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 1998.

HAVE, Henk ten; WELIE, Jos. *Death and medical power*: An ethical analysis of Dutch euthanasie practice. New York: Open University Press, 2005.

KANKERWIEHELPT. *Euthanasie*, 20 mart 2010. Disponível em: [www.kankerwiehelpt.nl/over-kanker/geen-genezing/euthanasie-128.html]. Acesso em: 29 dez. 2015.

KLUNN. *Komt een vrouw bij de dokter*. Amsterdam: Uitgeverij Podium, 2003.

LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal, Âmbito Jurídico. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242]. Acesso em: 08 jan. 2016.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Constituição da República anotada e interpretada*. Campo Grande: Complementar, 2013.

MÖLLER, Letícia Ludwig . *Direito à morte com dignidade e autonomia*: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2007.

NEWSWEEK. *Dramatic increase in assisted suicides in Switzerland*, 03.02.2015. Disponível em: [http://europe.newsweek.com/dramatic-increase-assisted--suicides-switzerland-313307]. Acesso em: 05 jan. 2016.

NORDQVIST, Christian (2015). *Euthanasia and assisted suicide*, *Medical News Today*, 30 Oxtober 2015. Disponível em: [www.medicalnewstoday.com/articles/182951.php]. Acesso em: 05 jan. 2016.

O GLOBO. *Médica acusada de praticar eutanásia em UTI de Curitiba é indiciada*, 20.02.2013. Disponível em: [http://oglobo.globo.com/brasil/medica-acusada-de-praticar-eutanasia-em-uti-de-curitiba-indiciada-7633340]. Acesso em: 08 jan. 2016.

PINHEIRO, Filipe. A tipificação da eutanásia no Projeto de Lei n. 236/2012 do Senado Federal (novo Código Penal). *Portal de E-Gverno*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tipifica%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%-C3%A1sia-no-projeto-de-lei-n%C2%BA-23612-do-senado-federal-novo--c%C3%B3digo-penal]. Acesso em: 08 jan. 2016.

PORTAL DOS HOSPITAIS DO BRASIL. *A eutanásia e o direito à morte*. Disponível em: [www.revistahospitaisbrasil.com.br/blogs/juridico/a-eutanasia-e-o-direito-a-morte/]. Acesso em: 08 jan. 2016.

RÊGO, Sarah Goiatá; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. *As diretivas antecipadas de vontade na política de doação de órgãos*, Âmbito Jurídico, 2014. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/33626/as-diretivas-antecipadas-de-vontade-na-politica-de-doacao-de-orgaos]. Acesso em: 08 jan. 2016

RIJKSOVERHEID, *Euthanasie en de wet*. Disponível em: [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/levenseinde-en-euthanasie/inhoud/euthanasie]. Acesso em: 04 jan. 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Daniel Abreu *et al*. Reflexões bioéticas sobre a eutanásia a partir de caso paradigmático. *Revista Bioética*, Goiânia: Editora UFG, n. 22, p. 367-372, 2014.

SMANIA, Gianpaolo Poggio. Algumas considerações sobre a eutanásia. *Jornal Carta Forense*, 23.04.2008. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/algumas-consideracoes-sobre-eutanasia/1390?fb_comment_id=148924915249379_587175468090986#f5c020b823cef6]. Acesso em: 10 jan. 2016.

THE ECONOMIST. Cancer drugs: Getting close and personal. *Science and technology*. London: *The Economist Newspaper Limited*, v. 410, n. 8868.

_____. The causes of cancer: Chancing your arm. *Science and technology*. London: *The Economist Newspaper Limited*, v. 414, n. 8920.

_____. The right to die: Why assisted suicide should be legal. *Briefing doctor-assisted dying*: Final certainty. London: The Economist Newspaper Limited, v. 415, n. 8944.

_____. Campaigns to let doctors help the suffering and terminally ill to die are gathering momentum across the West, v. 415, n. 8944, June 27th 2015. London: *The Economist Newspaper Limited*, p. 16.

_____. *Where to go to die*, July 19th 2014. Disponível em: [www.economist.com/news/international/21607888-small-group-countries-helping-someone-die-not-crime-where-go-die]. Acesso em: 07 jan. 2016

THE GUARDIAN. *Euthanasia and assisted suicide laws around the world*, 17th July 2014. Disponível em: [www.theguardian.com/society/2014/jul/17/euthanasia-assisted-suicide-laws-world]. Acesso em: 06 jan. 2016.

THUISARTS. *Ik denk aan euthanasia*, 06.01.2015. Disponível em: [https://www.thuisarts.nl/levenseinde/ik-denk-aan-euthanasie]. Acesso em: 05 jan. 2016.

URBAN, Cícero de Andrade. A questão da eutanásia no Brasil, *Gazeta do Povo*, Opinião, 08.02.2009. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/opiniao/

artigos/a-questao-da-eutanasia-no-brasil-beylcrsz9pieiu6teug66164u]. Acesso em: 05 jan. 2016.

VAN DALE. *Lexicografie, Euthanasie*. Antwerpen: Utrecht, 1999.

VIEIRA, Mônica Silveira (2009). *Eutanásia:* humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá.

WARRINGA, Manon. *Euthanasia en de leveneseindekliniek, hoe zit dat juridisch in elkaar*, 24.07.2015. Disponível em: [www.fiatjustitia.nl/artikel/euthanasie-en-de-levenseindekliniek-hoe-zit-dat-juridisch-in-elkaar/]. Acesso em: 04 jan. 2016.

WENDDEL, Salomão e JACOB, Cristiane Bassi. Testamento vital: instrumento jurídico para resguardo da vontade pertinente a situações existenciais e de saúde, Colégio Notarial do Brasil, 2015. Disponível em: [www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjYyNA]. Acesso em: 08 jan. 2016.

WEYERS, Heleen. *Euthanasie:* het proces van rechtsverandering. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Cancer*. Disponível em: [www.who.int/cancer/en/]. Acesso em: 07 jan. 2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A eutanásia e a ortotanásia no novo Código Penal, de Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Pedro Bellentani Quintino de Oliveira – *RT* 931/241 (DTR\2013\2774);
- Aspectos filosóficos e jurídicos sobre a morte, a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido, de Marilene Araújo – *RDCI* 90/215-244 (DTR\2015\2062);
- Consentimento – Ortotanásia e adequação social, de Miguel Reale Jr. – *RBCCrim* 121/207-222 (DTR\2016\21998); e
- Eutanásia, ortotanásia e distanásia - Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito, de Elias Farah – *RIASP* 28/131-178 (DTR\2011\5258).

Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco

Normalization and subjection – Purposes of the juvenile incarceration for youth criminals – A study with sentences in Pernambuco

Érica Babini L. do Amaral Machado

Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Pernambuco - Unicap e Professora do Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação da Unicap. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.
ericababini@hotmail.com

Maurilo Miranda Sobral Neto

Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - Unicap, vinculado à linha de pesquisa Jurisdição e Direitos Humanos. Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia.
maurilosobral@gmail.com

Vitória Caetano Dreyer Dinu

Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - Unicap, vinculada à linha de pesquisa Jurisdição e Direitos Humanos, com bolsa da Capes/Prosup. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.
vitória_dinu@hotmail.com

Recebido em: 19.01.2016
Aprovado em: 21.06.2016
Última versão dos autores: 12.07.2016

Área do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumo: O dinamismo das inúmeras relações sociais no Brasil expõe a violência como um elemento estruturante do meio social. Nesse sentido, instituições também refletem essa violência através das arbitrariedades do controle repressivo e da seletividade do Sistema de Justiça Criminal,

Abstract: Violence is a structure attribute in Brazil reality, so in this sense, institutions reflects this violence through the arbitrariness of the repressive control and the selectivity of the Criminal Justice System, which also includes Youth Justice and the control on youth criminals.

Machado, Érica Babini L. do Amaral; Sobral Neto, Maurilo Miranda; Dinu, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição - Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

que também abarca a Justiça da Infância e Juventude e o controle exercido sobre os adolescentes em conflito com a lei. Com o objetivo de compreender o que os magistrados representam sobre a finalidade da medida socioeducativa de internação, a pesquisa realizou análise de conteúdo de 28 sentenças prolatadas nos anos de 2010 a 2012 em Pernambuco. Percebeu-se que a intervenção tutelar do Judiciário carrega uma série de construções sociais referentes à normalização e à sujeição do adolescente considerado perigoso, levando à conclusão de que a mudança de paradigma da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral, na prática, não se efetivou de forma plena. Em verdade, o discurso da Proteção Integral, por si só, constitui um estratégico instrumento político de controle de grupos sociais específicos no Brasil, vez que os operadores do Direito não se desvencilham de velhos estigmas, confundindo sujeitos de direito com menores abandonados ou delinquentes.

PALAVRAS-CHAVE: Sujeição criminal - Adolescentes em conflito com a lei - Normalização.

The paper presents judges representation about juvenile incarceration by means of content analysis of twenty-eight sentences given on 2010 to 2012 in Pernambuco. The authors concludes that judges carry a number of social constructions related to normalization and subjection of the adolescents considered dangerous, leading to the conclusion that the paradigm shift from the Doctrine of the Irregular Situation to the Doctrine of Integral Protection, in fact, did not occur properly. Actually, the discourse of Integral Protection, by itself, is a strategic political tool to control specific social groups in Brazil, since law operators cannot get rid of old stigmas and confuse legal subjects with abandoned children or delinquents.

KEYWORDS: Criminal subjection - Adolescents in conflict with the law - Normalization.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Metodologia - 3. A socioeducação como normalização do adolescente considerado perigoso - 3.1. A resposta socioeducativa para tipos sociais negativos - O mecanismo de sujeição do adolescente em conflito com a lei - 4. Considerações finais - 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Doutrina da Proteção Integral marca a transição do paradigma tutelar de menores para o da emancipação de sujeitos de direito, a partir da inserção desses nas bases dos Direitos Humanos. Anteriormente, o controle incidente sobre a juventude era justificado pela Doutrina da Situação Irregular, fundamento do Código de Menores de 1979, que se estruturava em torno da categoria menor. Trata-se de uma tendência nascida da corrente filosófica do positivismo, segundo a qual a situação de abandono criava uma necessidade protetiva, ao considerar o menor objeto de compaixão e repressão ao mesmo tempo (TUARDES DE GONZÁLEZ, 1996).

A teoria considerava que os menores sempre estariam em situação irregular e, por isso, mereceriam a segregação, sem nenhuma preocupação com o seu desenvolvimento, incapacidades de socialização e potencialidades. Na sua vigência, as garantias individuais eram desprezadas, sob o falacioso argumento de que incidiam apenas no processo de adultos, não tendo razão para sua incidência no campo do Direito do Menor.

A Doutrina da Situação Irregular passou a ser abalada no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, com a proclamação de direitos universais, acima de qualquer identidade, bem como com a constatação de que a atitude paternalista dos Tribunais de Menores vilipendiava esses direitos, desrespeitando a legalidade em nome de uma suposta proteção. Assim, as crianças e os adolescentes também passaram a ter os seus direitos fundamentais enumerados. Daí surge a primeira característica do novo paradigma, a Doutrina da Proteção Integral: as crianças e adolescentes não mais são objetos de compaixão e repressão, mas, sim, sujeitos de direitos. Além disso, outro grande marco do novo paradigma foi o término da confusão na gestão dos abandonados e dos adolescentes transgressores (BARRATTA, 1995, p. 5).

De forma sintética, as grandes características da Doutrina da Proteção Integral – albergadas juridicamente pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, pelas Regras de Beijing, pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade e pelas Diretrizes de Riad – são as seguintes: as normas são para o conjunto da categoria infância, e não apenas para aqueles indivíduos em situações difíceis ("menores"); presença obrigatória de advogado e papel de controle do Ministério Público; não é mais a criança ou o adolescente que se encontra em situação irregular, mas a pessoa ou instituição responsável pela ação ou omissão; eliminação das internações não vinculadas ao cometimento de ato infracional; crianças e adolescentes como sujeitos plenos de direitos; incorporação dos princípios constitucionais de segurança (MÉNDEZ, 2004, p. 13).

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi o responsável pela introdução da nova doutrina no ordenamento, dividindo a infância e juventude entre aqueles que estão no exercício da cidadania, as crianças e os adolescentes sujeitos a medidas de proteção (abandonados), e os adolescentes sujeitos a medidas socioeducativas (em virtude do cometimento de atos infracionais). No que tange a este último grupo, a ideia da Doutrina da Proteção Integral é a de introduzir uma pedagogia de responsabilidade e a assunção de direitos por parte dos menores, de forma que o adolescente seja um ator social (RODRIGUES, 1999).

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda; DINU, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

No entanto, a prática dos agentes das instituições formais de controle não corresponde a essa mudança de lentes. Pesquisas recentes apresentam uma dicotomia entre passado e presente, como é o caso das inserções nos temas sobre violência, criminalidade, segurança pública e sistema de justiça, que desde a década de 1980 tornaram-se institucionalizadas nas contribuições sociológicas (KANT DE LIMA; MISSE; MIRANDA, 2000).

Antes mesmo, na década de 1970, com o trabalho pioneiro sobre delinquência juvenil de Misse (1973), discute-se a forma de responsabilização de adolescentes conduzida pelo Judiciário, que, à época, não cumpria os preceitos estabelecidos na legislação menorista. Atualizando a problemática, com estudo em sede de recursos, pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça, na Série Pensando o Direito, em 2010, também aponta sérias críticas ao fundamento das medidas socioeducativas de internação dado pelo Poder Judiciário (BRASIL, 2010).

Além disso, a execução das medidas socioeducativas de internação reproduzem as problemáticas do sistema prisional (seletividade e estigmatização). É possível comprovar tal afirmativa em trabalhos específicos de dissertações e teses, como a de Mello (2004), que constatou, na realidade das unidades de internação de Pernambuco, que o caráter pedagógico da medida não a torna mais branda que a pena, porque privar a liberdade de pessoa em desenvolvimento, no auge da conquista e do gozo da liberdade, é uma resposta pior do que a própria pena. Fachinetto (2008) se debruçou sobre a realidade do sistema socioeducativo de adolescentes do sexo feminino no Rio Grande do Sul; Mallart (2014), em versão antropológica, retratou a realidade de unidade de internação de adolescentes do sexo masculino em São Paulo; e Machado (2014) se debruçou sobre a realidade da unidade de internação de adolescentes do sexo feminino em Pernambuco, apontando as mesmas conclusões: a medida socioeducativa de internação, em essência, em nada se diferencia da pena privativa de liberdade.

Em 2011, dado estarrecedor da Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente – Ancede apontou a omissão da mídia na divulgação do número de setenta e três (73) adolescentes mortos no interior de unidades de internação de onze estados país, sem qualquer atendimento às famílias, sendo essa realidade "coerente com uma lógica de encarceramento" (2011, p. 101).

Mas não acaba por aí. Institucionalmente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015), com o objetivo de atualizar pesquisa de 2012 que já apontava diversas formas de violações de direitos no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, mapeou a realidade das instituições de internação para adoles-

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda; DINU, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

centes do sexo feminino em PE, PA, SP, DF e RS. A devolutiva do CNJ (2015) denuncia o descaso do Estado com a garantia dos direitos mínimos à cidadania das adolescentes, de modo que o suposto caráter socioeducativo da medida se limitaria a um mero devaneio legislativo. Dessa forma, diante das condições precárias, aponta para uma gritante semelhança entre as instituições de internação e o caráter punitivo que permeia os presídios do nosso sistema carcerário. "Sob esse prisma, a medida socioeducativa de internação tem o mesmo sentido da prisão: castigo" (CNJ, 2015, p. 212).

Diante de várias pesquisas já realizadas, percebe-se a manutenção da dicotomia entre tutela e emancipação de sujeitos. Nesse sentido, a pesquisa busca compreender os reais propósitos da magistratura ao aplicar a medida socioeducativa de internação.

Os fundamentos judiciais são problematizados à luz das diretrizes da Sociedade de Controle, a qual aduz que indivíduos identificados como constantes agentes de "riscos" – seja por serem inseridos em uma classe economicamente excluída, seja por possuírem um padrão de vida que não interessa aos mecanismos de produção da sociedade – são comumente alvos de intervenções das inúmeras instituições de controle do Estado.

A partir desse instrumental teórico é possível ter como hipótese que a superação da Doutrina da Situação irregular não é tão clara e simples como parece, em virtude da existência de aparatos de poder e controle, mesmo sob a égide da Proteção Integral. Patrice Schuch já alertara que a troca de paradigma é um processo complexo, em que estão em jogo vários fatores, dentre eles a permanência e/ou mudança de valores (2005, p. 81).

Nesse sentido, poder-se-ia ter a Doutrina de Proteção Integral se tornado um instrumento extremamente estratégico na função reguladora da vida coletiva da juventude brasileira, construindo e legitimando, a partir de representações coletivas, o perfil do adolescente normalizado e do adolescente "perigoso".

Esse discurso, que solidifica a construção social de agentes criminosos, numa interpretação mais verticalizada, demanda atuações cada vez mais rígidas dos mecanismos de controle social, não só formais, como o caso penal, mas também outras agências que compõem um universo de controle social informal.

Aliás, a juventude brasileira tem sido cada vez mais o maior alvo do sistema punitivo (formal e informal), especialmente quando diante da atuação das polícias brasileiras. O Anuário Brasileiro de 2014, apresentando dados de 2013, aponta um total de 809 casos de pessoas mortas pelas Polícias militar e civil brasileiras, quando em serviço no ano de 2013. Isso significa cinco pessoas

Machado, Érica Babini L. do Amaral; Sobral Neto, Maurilo Miranda; Dinu, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

mortas pela Polícia por dia no Brasil (FBSP, 2014). Em 2015, esse número é 3.022, aumento de 37% (FBSP, 2015). Entretanto, o relatório da Anistia Internacional, analisando tão somente a realidade do estado do Rio de Janeiro, discute a ausência de transparência e sistematização desses dados. Nesse sentido:

> Em um período de 10 anos, entre 2005 e 2014, foram registrados no estado 8.466 "homicídios decorrentes de intervenção policial", sendo 5.132 somente na capital. Embora tenha havido uma tendência de queda a partir de 2010, entre os anos 2013 e 2014 houve aumento de 39,4% do número de autos de resistência no estado, e de 9% na cidade do Rio de Janeiro (ANISTIA 2015).

As vítimas desses homicídios praticados pela polícia no Rio de Janeiro são negros e jovens entre 15 e 24 anos, moradores das localizações periféricas da cidade (ANISTIA, 2015).

Esse cenário é repetido nos dados sobre as mortes violentas intencionais em todo o país. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2014 aponta o crescimento da vitimação juvenil, chegando a representar, com os dados de 2012, 53,4% dos homicídios ocorridos (FBSP, 2014).

A evidência de que a vida do jovem negro e da periferia é descartável é ainda mais evidente quando se tem que o crescimento da vitimização de jovens tem crescido, no período de dez anos, em cerca de 146,5%, com variação de 32,4% de jovens negros e 6,5% de brancos (FBSP, 2014).

Portanto, é possível perceber o extenso número de mortes com autorização social de uma população que:

> (...) muito além do descaso histórico em relação à precariedade das condições de vida e da indiferença social, essas populações sofreram toda sorte de violência, em especial a física, perpetrada pelos muros da internação e pela arbitrariedade policial materializada sob a forma de tortura e maus tratos que por vezes terminam em morte (VARGAS, 2011, p. 30).

Essa continuidade, porém, tem uma peculiaridade. A reatualização da dicotomia abandonado/delinquente da Doutrina da Situação Irregular: ontem, os considerados pivetes estavam vinculados à prática de furto e roubo; hoje, estão vinculados ao tráfico. Os dados apresentados por Joana Vargas (2011) indicam os argumentos empíricos da atuação das polícias no sentido da dezumanização do humano.

Aponta ela que o Bope, no Rio de Janeiro, com o emblemático caveirão para "caçar bandido", seria uma espécie de continuidade de grupos de extermínio

do ontem para as práticas policiais do hoje; em ambos os casos, eles "encontram a mesma justificativa: de limpeza da área" (VARGAS, 2011, p. 36).

Por outro lado, o Poder Judiciário parece alheio a todo esse processo, não impondo resistências aos arbítrios do controle repressivo da ordem pública, deixando evidente que o Estado ainda convive com a incapacidade do controle da violência ilegal, a manutenção de uma imensa desigualdade social e econômica, além de baixíssima legitimidade das instituições representativas, envolvidas em processos de corrupção, ilegalidades, violências etc. E mais, que essa magistratura realiza um controle excessivo em torno daqueles jovens considerados "perigosos".

Esses elementos autorizam reconhecer que não se pode admitir a ingênua hipótese de que o magistrado não está submetido a juízos internos de valor. Não são neutros! Atuam vinculados ao contexto em que estão inseridos ao mesmo tempo que são construtores da realidade, posto que suas decisões alteram condições objetivas desta mesma realidade. Há necessariamente um caráter ideológico, e a neutralidade é um mito moderno. Reconhecer isso é tornar explícitas as regras do jogo (COUTINHO, 2001, p. 32-34).

A par dessas considerações (além das relativas à Teoria da Sociedade de Controle, que leva à normalização do sujeito), para uma interpretação mais verticalizada, utiliza-se neste trabalho o operador analítico da "sujeição moral", de Michel Misse (1999), cuja hipótese é a de que a juventude negra e pobre brasileira é absolutamente perseguida por ser um tipo social negativo.

Enfim, entender a dinâmica das relações sociais no contexto particular do Brasil é extremamente importante para entender, mais na frente, qual o real propósito dos magistrados ao aplicar a medida socioeducativa de internação. Sim, porque, partir da realidade brasileira significa levar em conta a seguinte observação de Luciano Oliveira, ao reler *Vigiar e punir*, de Michel Foucault, com foco na realidade local: no Brasil, "o buraco da disciplina sempre foi mais embaixo" (OLIVEIRA, 2011, p. 323).

2. METODOLOGIA

O método busca a evidência do objeto analisado. Por outro lado, para o conhecimento da natureza das coisas, é necessário analisar, realizar uma operação de decomposição do todo em partes menores para discernir o que é essencial e o que é acidental, para depois proceder à síntese como um meio de verificação dos resultados, estabelecendo, assim, relações.

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda; DINU, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição - Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei - Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

É exatamente isso que se pretende realizar neste trabalho. Serão decompostas para a análise de conteúdo 28 sentenças prolatadas nos anos de 2010 a 2012,[1] a fim de identificar padrões que as regem. Esse número refere-se à quantidade de adolescentes internadas no Centro de Atendimento Socioeducativo (Case) Santa Luzia em abril de 2012, momento no qual a pesquisa etnográfica na unidade, realizada pela primeira autora, no âmbito do doutoramento, teve início. Na verdade, existiam 35 adolescentes, porém, 7 delas estavam na modalidade de internação sanção,[2] o que não compõe o universo da pesquisa.

O critério de escolha foi amostral, definido conforme as possibilidades de pesquisa e apenas se vinculou ao período em que a pesquisadora visitou a unidade de internação. É importante esclarecer que as sentenças são proferidas por juízes de diversas comarcas do estado de Pernambuco, e os processos de execução são reunidos na única Vara de Execução, localizada no Recife, onde foram disponibilizados.

Os documentos jurídicos podem ser analisados de maneira clássica, conforme a crítica literária, ou quantitativamente. Na segunda hipótese, inclui-se a análise de conteúdo, que nada mais é do que decompor os elementos constitutivos do documento para depois classificá-los em categorias preestabelecidas e, ao fim, calcular a intensidade (BARDIN, 1977).

A Análise de Conteúdo (AC) é baseada na dedução/inferência, cuja tarefa seria a desocultação de significados, sem considerar a perspectiva linguista de que o discurso é uma prática política com funções diversas. Trata-se de uma hermenêutica controlada, baseada na dedução, para possibilitar ao pesquisador encontrar o latente na mensagem. Nesse sentido, a AC parte da exterioridade para o texto, procurando conteúdos de ideologia na linguagem, por meio de um conjunto de instrumentos para o receptor decodificar a mensagem referida a partir do referente (LIMA, 2003).

Considerando que o objetivo é compreender o que os magistrados representam como adolescentes normais e anormais, nada melhor do que compreender os discursos que permeiam o texto. Nesse ponto, é importante ponderar que representação é "algo que alguém nos conta sobre algum aspecto da vida

1. As sentenças serão referenciadas com números que funcionam como uma legenda aos casos analisados.

2. Trata-se de uma hipótese autorizadora da medida socioeducativa de internação devido ao descumprimento de uma medida anterior mais leve. Por não se trata de sentenças que avaliam o ato infracional, e sim o descumprimento da medida anterior, fugindo do objeto de pesquisa, deixam de entrar na análise.

social" (BECKER, 2009, p. 18). São informações que orientam as práticas e relações humanas, construídas através de comunicações sociais e apreendidas socialmente (MOSCOVICI apud ANCHIETA; GALINKIN, 2005), além de variar em função dos extratos econômicos e culturais em que se inserem os indivíduos ou grupos (PORTO, 2006).

As representações sociais funcionam como princípios orientadores e indutores de condutas de indivíduos, grupos ou instituições, de modo que compreender como a magistratura representa a finalidade das medidas socioeducativas de internação importa desvendar o que se pensa sobre o instituto, captando seus significados, expondo seus sentidos.

Desse modo, o estudo da representação social da magistratura acerca da finalidade da medida socioeducativa de internação não se dirige ao juiz, mas aos conteúdos que eles simbolizam. O magistrado, ausente enquanto tal, está presente como expressão de padrões de organização social, de modelo de comportamento interpessoal e de um certo tipo de saber. É certo que o quadro organizacional de que se fala está associado a modelos de comportamentos interpessoais que nele se inspiram e se reproduzem. Enfim, a representação social do magistrado veicula um modelo de homem e de sociedade.

Nesse sentido, é imprescindível compreender a rede de forças, o mosaico de práticas e políticas que atuam nas formas de resposta ao crime, uma vez que a identificação dos interesses e dos significados culturais – que amparam essas novas práticas – permitem compreender as racionalidades, os discursos e as retóricas que influenciam nas decisões.

Com essa perspectiva trazida pelas representações sociais, reinsere-se a discussão das crenças e dos valores, o papel da subjetividade nos dispositivos decisórios, encobertos pelos mantos (irreais) da neutralidade e da imparcialidade, por meio de produção de conhecimento relevante e válido (FREIRE; AZEVEDO, 2013).

Em termos quantitativos, a pesquisa tem seus limites, posto que 28 sentenças não garantem a representação estadual, muito menos nacional da investigação, o que inviabiliza a extração de frequências. Na verdade, nem mesmo o Poder Judiciário de Pernambuco tem controle do quantitativo universal de medidas socioeducativas de internação aplicadas por ano, para qualquer dos sexos, pois é certo que existe uma defasagem de dados e controle de fluxo de entrada e saída de adolescentes, não somente em Pernambuco, mas nacionalmente. Essa problemática já foi identificada pelo Governo Federal, que vem implementando o Sipia-Sinase, um sistema de informação em rede de abrangência nacional, para a formação de um banco de dados único, visando ao

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda; DINU, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição - Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei - Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

registro e tratamento de dados referentes a adolescentes em conflito com a lei. Porém, tudo ainda em construção.

Desse modo, a pesquisa é eminentemente qualitativa, no que tange às decisões judiciais, com o objetivo de ver através dos olhos daqueles que são pesquisados, para compreender as interpretações que têm de mundo, exatamente porque são essas que motivam o comportamento que cria o próprio mundo social.

Considerando que o foco é a exploração do conjunto de opiniões e representações sociais sobre o tema investigado, não é necessário abranger a totalidade das falas e expressões dos interlocutores porque a dimensão sociocultural do que pensa um grupo, cujas características são semelhantes, já é bem delineada independentemente da amostragem (MINAYO, 2012).

Na verdade, na busca de delinear a representação, em tese, quanto maior o número de documentos e pessoas melhor seria. Contudo, o critério de saturação procura satisfazer esse problema da pesquisa. A saturação funciona para trabalhar com um número-limite (não definido previamente) que, no decorrer da pesquisa, passa a apresentar uma repetição indicativa de padronização. Por fim, cabe informar que a tabela de identificação das sentenças é feita conforme a tabela anexada no trabalho.

3. A SOCIOEDUCAÇÃO COMO NORMALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE CONSIDERADO PERIGOSO

Considerando as condições mais próximas da realidade brasileira, como já dito, parte-se da hipótese levantada por Luciano Oliveira (2011), quando enfatiza, em uma leitura crítica do livro *Vigiar e punir*, os paradigmas da Sociedade Disciplinar e sua respectiva ausência de correspondência com as estruturas sociais brasileiras. Desse modo, identifica o Brasil não como uma sociedade disciplinar, mas uma sociedade "indisciplinar", pois, a disciplina, nos termos estruturantes de Foucault, passa distante da realidade social local, onde a violência constitui um dos elementos estruturantes.

> Sobre o risco de estar me repetindo, assinalo que, diferentemente da Europa do hemisfério norte, nunca tivemos aqui uma "sociedade disciplinar" ou "civilizada", para falar com Elias; ou "apaziguada" como quer Chesnais, *mas uma sociedade violenta! Uma sociedade onde nunca houve a universalização da escola, onde os aparelhos da justiça penal sempre foram brutais e muito pouco eficazes, para dizer o mínimo, e onde, finalmente uma imensa força de trabalho, miserável e informal nunca possibilitou – e possibilita cada vez menos num planeta dominado*

> *pela revolução tecnológica e pela globalização – a constituição de um mundo de trabalho hegemonicamente pelo dispositivo da Fábrica.* (OLIVEIRA, p. 334) (grifos nossos)

Luciano (2011, p. 321) enfatiza que, de um modo geral, na realidade brasileira, mantêm-se as estruturas de controle sociais e domésticas típicas da sociedade escravocrata de séculos atrás.[3] O Brasil reveste-se de uma democracia estritamente hierarquizada, em que a violência institucional (e não institucional) é banalizada a partir de mecanismos que compõem as diretrizes autoritárias do nosso dinamismo social. É preciso, pois, localizar a Doutrina da Proteção Integral na realidade local para compreender qualquer exercício formal em seu nome.

Marcos César Guimarães e Carlos Alberto da Costa (2008; p. 101), ao traçar uma análise de fenômenos como a violência em um contexto social brasileiro, tomam como base algumas diretrizes foucaultianas, por meio das quais enfatizam que as representações coletivas fazem do domínio do imaginário e dos símbolos pontos estratégicos de legitimação do poder.

Nesse sentido, a sociedade brasileira sempre foi marcada por categorias sociais com redes de representações e valores que, mesmo com o passar de décadas, vão se perpetuando e dando forma ao que seria uma sociedade heterogênea e hierarquizada, em que sua unidade básica não parte da figura do indivíduo ou cidadão, mas se estrutura em "relações, pessoas, famílias, grupos de parentes e amigos." (DAMATTA, 1997, p. 77).

Essa análise hierarquizada da sociedade brasileira, presente nas análises de DaMatta (1997b), é extremamente importante para identificar tipologias sociais e dicotômicas do dinamismo social brasileiro, posto que a figura do "cidadão", destinatário de direitos e garantias previstos nos ordenamentos formais e informais, não é efetivamente qualquer sujeito; afinal, há aquele "isolado" das possibilidades de definição por suas redes de relações, "seja pessoa, instituição ou até mesmo um objeto ou atividade". Nada pior do que não responder à tremenda pergunta: "afinal de contas, de quem se trata?" (DAMATTA, 1997, p. 59).

3. É de bom alvitre alertar que interpretações desse jaez são, algumas vezes, rebatidas como uma "pseudociência" que cria uma "teoria emocional da ação social", dotada de um mero "charminho crítico", pois que "aceita o 'racismo disfarçado' do culturalismo como verdadeiro", terminando por legitimar a dominação social e a desigualdade (SOUZA, 2011, p. 59). Considerando que não se realiza a interpretação da gênese da identidade nacional e suas consequências, entende-se que interpretações sociológicas da tradição de Luciano Oliveria e Roberto da Matta podem ser manejadas.

A própria noção de adolescente-cidadão, aquele "normalizado", a quem se dirige a Doutrina da Proteção Integral, depende mais de uma série de elementos subjetivos ligados às redes de relações sociais em que está inserido, do que a própria figura do indivíduo civilizado. Conforme segue:

> Do mesmo modo e por uma lógica semelhante, o cidadão no caso brasileiro é o sujeito por excelência das leis impessoais (e universais), bem como do poder brutal da polícia, que servem sistematicamente para diferenciá-lo e explorá-lo impiedosamente, tornando-o um *igual para baixo*, numa nítida perversão do ideário político liberal (DAMATTA, 1997, p. 72).

Ao analisar as sentenças e as respectivas justificativas, foi observada uma repetição do perfil dos adolescentes que se afasta do tipo de adolescente "normalizado" ou "civilizado". Sendo ainda mais distante das redes de relações que compõem os termos da cidadania brasileira.

O perfil dos adolescentes é julgado como periférico por ele estarem em situação de evasão escolar e com estruturações familiares marcadas por uma realidade dissonante em relação às dos grupos hegemônicos ao qual pertencem os magistrados.[4]

Nesse sentido, em se tratando de adolescentes em conflito com a lei do sexo feminino, as questões referentes à expectativa do papel feminino sobrepujam. A necessidade de reforço familiar foi o argumento de 36% das sentenças. Isto é, a consideração pelo magistrado de que a medida socioeducativa de internação seria útil em termos de reconstrução dos vínculos familiares – porque, além de tê-los como deficientes, acreditou que a solidificação dos mesmos ensejaria um maior controle das adolescentes – foi o fundamento justificador da medida.

Não obstante a dificuldade, esse raciocínio pode ser percebido nesses extratos: "o núcleo familiar não tem condições de recebê-la para fins de tratamento" (SENTENÇAS 1 e 7); há "inexistência de referencial familiar" (SENTENÇA 3); a família "não tem controle sobre a filha" (SENTENÇA 8); e "não há a devida fiscalização e observância de seus genitores" (SENTENÇA 7).

4. O perfil da magistratura brasileira, em geral, é formada por homens que ingressaram na magistratura com cerca de 34 anos, contando, em 2013, com média de 45 anos e cerca de 10 anos de atividade na magistratura. São pessoas que se declaram majoritariamente (80,9%) brancas, contraponto a 19,1% de negros; pessoas que já têm filhos, independentemente de homem (78,5%) ou mulher (70,7%). Quanto ao estado civil, 64,1% dos magistrados e 39,5% das magistradas são casados (CNJ, 2014).

Aqui, percebe-se claramente, por parte dos magistrados, uma concepção sobre família, tendo como âncora o comando dos genitores (sobretudo do pai) sobre os filhos. Nesse sentido, e com base no senso comum dos magistrados, a ideia de família deve corresponder, necessariamente, às percepções de "controle", "condições de impor limites" e "predisposição fiscalizadora". Veja o exemplo abaixo:

> A desagregação familiar é o fator preponderante nessa escalada da violência juvenil. Há de forma generalizada não só nas camadas mais pobres da população um total descompromisso com os valores fundamentais da família e suas benéficas consequências para o progresso social (SENTENÇAS 18 e 19).

Importante notar que o arranjo familiar perpassado por esses valores, tradicionalmente aceitos, tem como estrutura fundante relações baseadas na autoridade e encontra o seu ponto de realização fenomenológica, ao logo do percurso histórico, na figura do homem. À mulher, e mais ainda à filha adolescente, resta a supervalorizada virtude, de cunho patriarcal, da obediência, da docilidade, da submissão.[5]

Porém, como foi referenciado acima, a maioria das adolescentes consideradas em conflito com a lei não tem um modelo de família que atenda, integralmente, aos requisitos da tradição. Quando o julgador percebe isso, compreende de pronto que lhe cabe, além de julgar o ato ilícito, assumir esse "lugar de poder", para pôr "ordem" àquilo que, a seus olhos, é desordem familiar. Veja-se um outro trecho elucidativo:

> A adolescente infratora não possui o manto da autoridade dos pais. Como se vê tem um irmão preso por dois homicídios, também com o envolvimento com tráfico de drogas; o que demonstra à toda evidência, o desajuste familiar, ficando a menor à mercê das práticas ilícitas, sendo necessária a intervenção estatal por ora pra tirá-la do seio social, visando sua proteção integral (SENTENÇA 17).

Um detalhe importante é que algumas vezes a conduta da adolescente seria, de per si, suficiente para, legalmente, ser imputada a medida de internação – como no caso de ato infracional análogo à subtração de coisa móvel alheia, mediante grave ameaça (SENTENÇA 16) –, e, mesmo assim, o magistrado sente a necessidade de "desqualificar" a família da representada como forma de "acúmulo" de argumentos para fixação da medida.

5. Essa análise relativa à questão de gênero, porém, não cabe no estreitamento desse trabalho.

Nesses termos, as recorrências ao conceito e ao modelo tradicional de família para impor a medida de internação revelam um desejo de perpetuar o controle por vias da autoridade, sobretudo masculina, como forma de disciplinamento daqueles aos quais, historicamente, o controle e a subordinação se dirigiram: em especial, a mulher.

A adolescente em conflito com a lei, ao demonstrar por meio de seus atos, em estado de consciência ou não, rebeldia ao "lugar" que foi reservado à "mulher de família", torna-se mais vulnerável à eufêmica medida de internação. O discurso de proteção à família oculta o desejo moralista e conservador de proteção da família patriarcal e capitalista, por vias do controle da adolescente e, especialmente, de sua sexualidade. Assim, como diz Vera Regina Pereira de Andrade (2005, p. 98):

> E a função reprodutora (dentro do casamento) se encontra protegida sob a forma da sexualidade honesta, que é precisamente a sexualidade monogâmica (da mulher comprometida com o casamento, a constituição da família e a reprodução legítima), de modo que protegendo-a, mediante a proteção seletiva da mulher honesta, protege-se, latente e diretamente a unidade familiar e, indiretamente, a unidade sucessória (o direito de família e sucessões), que, em última instância, mantém a unidade da própria classe burguesa no capitalismo.

Enfim, a fragmentação familiar da adolescente recai como estigma a macular a imagem da jovem, sendo internada não exatamente pela infração cometida, mas enquanto mártir de punição de eventuais inadequações sociais dos que formam sua família e de como ela se comporta diante desta.

Nem mesmo se discute a motivação do distanciamento da jovem do seio familiar, apenas elenca-se sua participação enquanto necessária e, portanto, sua ausência enquanto característica deficitária, capaz de ensejar sua internação, sem maiores digressões, argumentando a aplicação da medida pela "inexistência de uma figura de autoridade que exerça um papel de vigilância" (SENTENÇA 15). O trecho abaixo ilustra ainda mais esta reflexão – por que seria que uma jovem, com filho recém-nascido, como é o caso da adolescente abaixo, estaria sem nenhum acompanhamento? "Como se não bastasse, a investigada encontra-se nesta cidade sem qualquer acompanhamento de seus familiares, segundo uma das testemunhas ouvidas – Conselheira Tutelar (...)". (SENTENÇA 12).

Observe-se o trecho a seguir, em que a jovem é punida por seu arranjo familiar:

> (...) há de se levar em consideração as repercussões pessoais e sociais da conduta ora apurada (...). A. S. M. d. S. é contumaz em prática infracional de mesma natureza, reincidente na (...) e no Centro de Internação Provisória, já foi beneficiada com Remissão e submetida às medidas socioeducativas em meio aberto (...), tem quatro irmão envolvidos em práticas ilícitas e um filho recém-nascido (SENTENÇA 9).

Ou seja, são adolescentes que fogem dos paradigmas do sujeito das leis impessoais narradas por DaMatta, e, consequentemente, indivíduos sujeitos à lógica brutal das instituições de controle, em que as subjetividades juvenis (ou ausência delas na ótica dos magistrados) são postas como as justificativas da prática do ato infracional e consequentemente da aplicação das medidas de controle.

Nesse sentido, novamente, a partir do olhar de Luciano Oliveira, há um alerta para o que ele chama de "um verdadeiro problema civilizacional" (2011, p. 329-330). Tal questionamento se dá a partir da aplicação *ipsi litteris* daquilo que Norbert Elias chamou de processo "civilizador". Ora, uma sociedade em que a dinâmica social tem a violência (institucional ou não institucional) como elemento do código de conduta comum na sociedade, a própria noção de homem "civil" ou cidadão é dependente de elementos de uma sociedade construída a partir de redes sociais hierárquicas.

Esse universo dual e hierarquizado do Brasil se encaixa na ideia de uma cidadania relativizada; uma estrutura que se sustenta e retroalimenta categorias sociais extremamente representativas e constituintes da sociedade brasileira, como é o caso dos domínios sociais básicos de "Casa" e a "Rua",[6] apontados por DaMatta.

Quando se fala em um processo de retroalimentação entre essas categorias é que, apesar de opostas, elas sempre se comunicam e, a depender da dinâmica social e da categoria social a que determinado grupo ou indivíduo pertença, há uma extensão ou subversão do domínio da "casa" sobre o da "rua" e vice-versa. "Na prática, porém, um desses códigos pode ter hegemonia sobre os outros, de

6. DaMatta (1997b, p. 90-91) expõe uma oposição básica entre as categorias da "casa" e da "rua", podendo servir como instrumento poderoso na análise do mundo social brasileiro, sobretudo quando se deseja estudar seu aspecto dinâmico e hierárquico. Nesse sentido, estabelece que a *rua* indica basicamente o mundo com seus imprevistos, onde as estruturas hierárquicas não se mostram tão definidas, um domínio construído entre a desconfiança e medo. Ao passo que a *casa* remete a um universo controlado, onde as coisas estão nos seus devidos lugares, as estruturas hierárquicas bem definidas, a divisão de cômodos e privacidade.

acordo com o segmento ou a categoria social a que a pessoa pertença." (DA-MATTA, 1997, p. 48-49).

Esse processo de subversão e extensão de tais domínios se legitima na dinâmica social hierárquica do Brasil, levando à aplicação de instrumentos de dominação, por meio da violência, sobre determinados grupos.

Nesse sentido, observa-se a instrumentalização de uma sociabilidade autoritária que se justifica no caráter "inclusivo" e "benéfico" da proteção integral. Entretanto, com base em determinados padrões morais de grupos hegemônicos, os magistrados, na função que lhes compete, direcionam redes de controle contra grupos hierarquicamente subordinados. Chega-se ao ponto de afirmar que cabe ao poder público ensinar os pais a educar seus próprios filhos, como pode ser observado na sentença abaixo:

> (...) tenho, ainda, a medida como a mais salutar, uma vez que, segregados, os adolescentes contarão assiduamente com a assistência sócio-pedagógica, submetendo-se a disciplina rígida e fiscalização para o auxiliar na ponderação de seu comportamento social e a conduta infracional praticada, além de proporcionar-lhes aprendizagem profissionalizante que os ajudará a empregar seus esforços produtivos após a liberação em atividade laborativa lícita. Por outro lado, o setor técnico da instituição onde serão internados desenvolve trabalho concomitante junto aos familiares para orientação sobre os erros na sua educação, com a realização de projetos de ressocialização do conjunto familiar (SENTENÇA 12).

No caso exposto, observa-se a subversão entre instituições de assistência sócio-pedagógica, a determinar diretrizes educacionais para o maior núcleo privado que é a "família". Nesse sentido, expõe Acácio Augusto:

> Trata-se de um novo domínio do exercício do poder, que tem uma forma híbrida entre o público e o privado. A ascensão desse domínio está ligada a uma governamentalização da vida íntima das famílias, uma via de acesso à vida da população, por meio da ação da polícia, segundo suas funções de zeladora do bem estar do conjunto da população (2009, p. 151).

Ademais, o magistrado, apoiado em seus conceitos morais, legitima uma série de mecanismos de controle contra o adolescente, sob a finalidade de "auxiliar na ponderação do seu comportamento social". Um processo de controle e regulação não só do adolescente, mas da sua própria família, através de projetos de "ressocialização", sem respeitar qualquer prerrogativa constitucional

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda; DINU, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição - Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei - Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

inerente a qualquer cidadão. O magistrado transpõe a prática do ato infracional para além da adolescente.

Como no caso abaixo, em que a visão do magistrado do que seria uma família "desestruturada" – por assumir padrões estruturais que fogem das concepções morais dos juízes ou do grupo hegemônico ao qual pertencem – foi dada como justificativa para a prática de atos infracionais pela adolescente:

> (...) na minha visão, a desagregação familiar é fator preponderante nessa escalada de potencial violência juvenil. Há de forma generalizada, não só nas camadas menos abastardas, um total descompromisso com os valores fundamentais da família e suas benéficas consequências para o progresso social. O lamentável e assustador é observar cotidianamente os adolescentes cada vez mais envolvidos em práticas infracionais, sem que os pais se apercebam ou fiscalizem as atividades dos seus filhos e seus ingressos no caminho ora trilhado pelo representado (grifos nossos) (SENTENÇA 12).[7]

Passetti (1999, p. 5) enfatiza que a forma de viver se baseia em estruturas que reproduzem mecanismos de controle contra aquilo que causa instabilidade, de modo que é possível utilizar instrumentos de inquéritos que se solidificam na bondade distorcida do estado civil para criar fronteiras que reafirmem uma autoridade soberana.

Nesse sentido, estar-se-ia longe de uma sociedade que utilize do seu aparato institucional e reformador para inserir indivíduos que destoam de determinados paradigmas sociais. Inclusive, a própria ideia de cidadania é cada vez mais restrita e aqueles que não se adequam submetem-se a instrumentos de controle social cada vez mais rígidos. A justificativa de regressão de medida socioeducativa, narrado a seguir exemplifica:

> Possui vivência de rua, dependência de substâncias psicoativas, não estuda, não trabalha, possui íntimo envolvimento com pessoas inidôneas, tem quatro irmãos envolvidos em práticas ilícitas e um filho recém-nascido. (...) percebe-se a situação de extrema vulnerabilidade social e pessoal, caracterizado pelo envolvimento com o tráfico e substâncias psicoativas, inexistência de uma figura de autoridade que exerça um papel de vigilância, ausência de criticidade e ociosidade, não possuindo a adolescente percebido a oportunidade do cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto ou semiaberto, o

7. A repetição desta passagem é recorrente em todas as decisões proferidas por esta magistrada, a ponto de não trocar o gênero da frase, como destacado.

> que sinaliza a necessidade de conduta mais enérgica, para que surta o efeito pedagógico esperado (SENTENÇA 01)

Ou seja, a utilização de instrumentos formais de controle social corresponde, ainda que minimamente, à efetivação de tais indivíduos à lógica de produção e participação do sistema capitalista. Entretanto, submetendo-os a instrumentos de controle, sobretudo violentos, somos remetidos às penas retributivas de um passado não tão distante. Como no caso: "ser necessário que a representada pare para pensar e sentir as consequências de sua prática infracional (...) conduta mais enérgica para que surta o efeito pedagógico esperado através de acompanhamento mais sistemático em meio fechado" (SENTENÇA 11).

Pois bem, com cuidado para não realizar saltos que provoquem rompimentos epistemológicos, mas com a lucidez de não fecharmos os olhos para determinados fenômenos, tem-se que é inegável a instrumentalização da violência como mecanismo de controle de grupos hierarquicamente dominados em processo de exploração, a partir da lógica da produção e participação. Nesse sentido, enfatiza Edson Passeti (2004, p. 5):

> Os assujeitamentos na sociedade de controle formam subjetividades que defendem segurança, no limite da tolerância zero, lá na periferia, onde continua nascendo o pedreiro e o presidiário, o infrator e o perigoso, o crime e o delinquente, o seguidor do pastor, o pobre mortal voltado para a auto-ajuda, para receber ajuda, para ajudar a pessoa atravessa pelas regras do obsoleto itinerário.

Nesse sentido, as medidas socioeducativas, instrumentalizadas como mecanismos de controle, assumem funções de assujeitamento, não só para adolescentes, mas também ao conjunto de redes sociais a que estão ligados, no caso famílias, ou assumindo dimensões mais amplas como comunidades inteiras.

3.1. A resposta socioeducativa para tipos sociais negativos – O mecanismo de sujeição do adolescente em conflito com a lei

Além do instrumental teórico da sociedade do controle, verticalizando a interpretação sobre o que entendem os magistrados sobre a medida socioeducativa de internação, pode-se levar em conta como a particularidade das interações sociais brasileiras, sob uma perspectiva macrossociológica, imprime determinada carga histórica e subjetiva que se cristaliza nas mais amplas construções sociais, seja na ideia do cidadão e suas perspectivas de inclusão, seja na figura do indivíduo marginalizado inserido em um processo de exclusão.

Esses paradigmas e construções sociais, produto de nossas interações e abstrações, refletem diretamente na atuação dos agentes das instituições de controle social, como o Judiciário, de modo que "entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, media um complexo e dinâmico processo de refração" (ANDRADE, 2003, p. 260).

A aplicação das medidas socioeducativas pelos magistrados carrega, nas abstrações e racionalidades do seu *modus operandi*, as representações e construções sobre os adolescentes por eles julgados, as quais, de certa forma, são transportadas e dão fundamento à aplicação das medidas socioeducativas analisadas, conforme exposto ao longo do texto.

A análise do abismo entre a seleção abstrata das leis e a concreta transporta elementos que se solidificam em verdadeiras construções sociais negativas, as quais reverberam sobre a funcionalidade das medidas socioeducativas, como se vê na presente análise.

Essas construções macrossociológicas da figura do adolescente criminoso, dentro das estruturas que sustentam as relações hierárquicas brasileiras, talvez ajude a entender como vem se dando a aplicação das medidas socioeducativas de internação pelo Judiciário. Medidas que são instrumentalizadas sob o manto das diretrizes da Doutrina de Proteção Integral como mecanismo estratégico de controle do Estado. Controle, na verdade, exercido contra adolescentes que se encaixem em um imaginário de um tipo social negativo, permeado pela construção social do adolescente-criminoso.

> (...) entre a tipificação legal e um curso de ação como crime, nos códigos penais que corresponde efetivamente ao "processo de criminalização", e a interpretação concreta de uma ação singular, como crime ou ato infracional, há muita distância e muitos problemas. Não são equivalentes a tipificação abstrata e a interpretação que incorpora uma ação concreta a essa tipificação. Há conflitos de interpretação, acusação e acusados, culpas e segredos, disputas de sentido (MISSE, 2007, p. 190).

Quer dizer, partindo da lupa da teoria da reação social, a aplicação do rótulo de criminoso ou infrator a um adolescente não depende só da transgressão de uma norma, mas muito mais de uma reação social sobre a conduta praticada. Indo mais além, essa reação seria um fator, mas outro – uma carga sócio-histórica que carrega o tipo social tido como negativo, é tanto quanto forte para sua "criminação" (MISSE 2007), independentemente de qualquer prática criminosa. Dessa forma, com base em tais perspectivas, esse processo de rotu-

lação e sujeição criminal[8] que emerge das interações sociais marca a atuação das agências de controle penal.

> Através dessa percepção, demonstra-se que as pessoas que atuam nos órgãos de controle penal, também inseridas em sociedade, agem de acordo com os estereótipos, esperando determinadas condutas de determinadas pessoas e não de outras. Isso significa que há pessoas que praticam atos tipificados criminalmente e não são vistas pela sociedade como criminosos. Por outro lado, há pessoas que não cometeram quaisquer crimes, e em função de carregarem o estereótipo de criminosos, são tidas por "delinquentes" nas interações sociais (BUDÓ, 2013, p. 37).

Assim, quando esse indivíduo, visto como ameaça, passa a agir de acordo com o rótulo desviante a ele atribuído, "fazem-no como um papel social esperado e como uma carreira a que se pode seguir" (MISSE, 2007, p. 192), enquanto as instituições de controle penal veem como uma confirmação de uma hipótese, conforme a sentença abaixo:

> A adolescente infratora não possui o manto da autoridade dos pais. Como se vê tem um irmão preso por dois homicídios, também com o envolvimento com tráfico de drogas; o que demonstra à toda evidência, o desajuste familiar, ficando a menor à mercê das práticas ilícitas, sendo necessária a intervenção estatal por ora pra tirá-la do seio social, visando sua proteção integral. (SENTENÇA 22).

Nesse sentido, aqui talvez seja o limite da teoria da rotulação para nos ajudar a entender a construção social desses adolescentes infratores e, consequentemente, a atuação do Judiciário como instituição de controle a partir da funcionalidade atribuída a seus instrumentos, como as medidas socioeducativas.

Caio Pinheiro Teixeira (2011, p. 68-69) enfatiza que a teoria da rotulação nos permite compreender a reação social e a dicotomia entre o indivíduo normalizado e o desviante. Entretanto, foge do seu campo de análise a maneira como este rótulo pode ganhar a força e o status de uma condição "irreversível".

Dessa forma, para entendermos a construção social do adolescente em conflito com a lei e consequentemente a funcionalidade atribuída pelos magis-

8. A Sujeição Criminal consiste em um processo social pelo qual se atribui ao indivíduo construções negativas, de modo a não percebê-lo mais como um sujeito desassociado de práticas criminosas. Um sujeito sem freios sociais no qual a criminalidade é representada na sua personalidade. "Na sujeição criminal, o crime é reificado no suposto sujeito autor do crime" (MISSE 2014, p. 204).

trados às medidas, principalmente no contexto brasileiro, é preciso recorrer a outros instrumentos teóricos. Conforme segue:

> A diferença fundamental entre a teoria da rotulação e a ideia de Sujeição Criminal é que a primeira possui um caráter essencialmente interacionista e microssociológico. Já a segunda procura realizar uma articulação entre estrutura e ação, ente uma perspectiva macro e microssociológica. (TEIXEIRA, 2011, p. 69).

Nesse sentido, a concepção de sujeição criminal desenvolvida por Michel Misse (1999) passa a ser um instrumento de compreensão relevante sobre as construções sociais no Brasil, principalmente no dinamismo violento comum da nossa sociedade.

A sujeição criminal proporciona uma análise mais aprofundada em relação ao que permite a teoria do etiquetamento, visto que possibilita nos debruçarmos sobre o dinamismo das relações sociais e, consequentemente da violência, levando em consideração o particularismo histórico da formação social brasileira. Nota-se a existência de um processo de formação hierárquico e excludente marcado pela dialética entre culturas díspares, na qual há a retaliação de concepções de grupos hegemônicos sobre outros.

Dessa forma, tanto Michel Misse (2014) quanto Luciano Oliveira (2011) atentam para um ponto comum, um Brasil que carrega uma carga ainda muito presente da nossa sociedade escravocrata nas nossas estruturas hierárquicas e autoritárias. Apesar de divergirem de alguns pressupostos, a exemplo do que Misse (2014) chama de um marcante processo normalizador e de autocontrole, a partir das diretrizes foucaultianas, e de um processo civilizatório nos termos de Nobert Elias, enquanto Luciano (2011) expõe de forma minuciosa que o processo de formação da sociedade brasileira passa distante do que seria o processo disciplinar (Foucault) e civilizatório (Elias), desaguando em uma sociedade violenta como produto de um processo "incivilizatório" e "indisciplinar".

Ambos atentam para uma espécie de resíduo no Brasil de uma ordem social escravocrata reprodutora de um *ethos* produtivo social hierárquico que reproduz efeitos extremamente degenerativos contra camadas populares.

Esse modelo violento de exploração e de controle de grupos hegemônicos sobre outros é um forte pilar para fenômenos de violência e controle social no Brasil. Não é possível saber até que ponto a ideia de uma estrutura racional no ordenamento jurídico absorve essas estruturas e construções sociais da realidade; isso seria um objeto de investigação e análise própria que não corresponde ao presente trabalho. Entretanto, é nítida a presença e a influên-

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda; DINU, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição - Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei - Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

cia do processo de sujeição criminal nas sentenças de aplicação das medidas socioeducativas de internação:

> Nesse caso a incriminação deverá seguir um percurso racional-leal que, beneficiando-se da informação acusatorial, a neutralize em seguida, através de procedimentos impessoais, de modo a construir, por meio de provas e testemunhos, a "verdade" da acusação. *Se no entanto, é ainda a norma que rege o significado da lei, abre-se um campo para que agentes da incriminação possam negociar as acusações, o que transfere a ambivalência da normalização para dentro dos dispositivos de incriminação.* (grifos nossos) (MISSE, 2008, p. 17)

Nesse sentido, a título de exemplo de como a construção do sujeito criminal é transportada como fundamento em que a medida socioeducativa assume uma funcionalidade que caminha entre um instrumento de correção e propriamente de retribuição, observe-se:

> (...) conduta absoluta e independente e autossuficiente. Revela características narcísicas, exibicionista e manipuladora, fazendo uso da sedução e da perspicácia. Seus relacionamentos são marcados pela ambivalência e superficialidade de sentimentos, deixando mascarar seus reais sentimentos. As oscilações de humor estão sempre presentes. Quanto ao ato infracional apresenta indiferença, naturalidade, sem traços de culpa ou arrependimento. Obedece apenas aos seus impulsos. Não se adapta às normas e a rotina do Cenip, demonstrando liderança. Teve crise durante a internação provisória, ficando internada por uma semana em hospital psiquiátrico (SENTENÇA 10)

Conforme pode ser observado, o comportamento identificado como desviante da adolescente, a reação das instituições de controle, e a construção feita pela magistrada a qual praticamente diagnostica a adolescente como impossibilitada de conviver no meio social, instituindo a segregação – seja através das medidas socioeducativas de internação, seja por procedimentos psiquiátricos – ressalta o perigo das construções sociais negativas e como elas moldam a própria funcionalidade das medidas de internação.

Nesse sentido, segue trecho de uma das sentenças analisadas, na qual elementos como uso de drogas, ausência de família, evasão escolar, ausência de figura autoritária são pontos estratégicos enfatizados pelo magistrado para construir a adolescente como um tipo social negativo e que deve ser submetida a instrumentos de segregação, ou, no caso, de "socioeducação", como a medida de internação.

> (...) na comunidade todas as conhecem devido ao envolvimento com tráfico e que causa muitos conflito na comunidade (...) há de se levar em consideração que a adolescente, apesar de primária na Uniai, faz uso de drogas lícitas e ilícitas, abandonou os estudos, seus pais são falecidos, reside com um amigo, não conta com uma figura representativa de autoridade, refratária a limites e orientações, além de estreita ligação com grupos de risco e pessoas de caráter inidôneo. (SENTENÇA 24).

O tipo social negativo não só impulsiona uma perspectiva "preventiva" das instituições de controle sociais, conforme abordado na presente análise, mas também define a funcionalidade dos instrumentos de controle disponíveis pelo Estado. Tais construções, além de legitimar a atuação de instrumentos de controle, transformam a conduta desviante na funcionalidade da própria medida socioeducativa para os magistrados. A ideia do sujeito criminal legitima a necessidade de segregação e violência como instrumentos necessários para a resposta do seu comportamento desviante, visto que são indivíduos construídos como inaptos ao meu social, dotados de um instinto violento e perverso.

Dessa forma, o sujeito que se encaixa no tipo social negativo, quando vem a praticar o ato infracional, não só confirma as expectativas preventivas atribuídas a ele como também constrói a função para os agentes de controle dos instrumentos que dão seguimento à sujeição criminal.

Nesse sentido, não se pode falar em neutralidade e procedimentos impessoais dos magistrados, em que suas fundamentações carregam, no corpo da sentença, as estruturas "normalizadoras" e hierárquicas contra o tipo social negativo, o sujeito criminal. Nesse caso, o adolescente não é julgado pelo que ele fez, e sim pelo que ele é, e a medida socioeducativa de internação não é uma responsabilização por atos contrários à lei, mas uma profecia que auto se cumpre. Isso tudo faz da Doutrina da Proteção Integral um mero eufemismo, ainda incapaz de projetar a emancipação de jovens; não, ainda, na sociedade brasileira.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se percebe, as representações dos magistrados sobre as medidas socioeducativas de internação consistem no controle da juventude, daquilo que eles consideram como sendo uma "juventude normal", assim como a neutralização de tipos sociais negativos que não podem e não devem circular socialmente.

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda; DINU, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição - Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei - Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

A evidência está nas sentenças que, sob o argumento de que as adolescentes precisam das finalidades da internação em suas vidas, a fim de que haja a Proteção Integral, descumprem o devido processo legal e ignoram a condição de sujeitos de direito, em claro desrespeito às diretrizes constitucionais.

Na verdade, a construção metódica que concede racionalidade ao ato judicial, revestido do método silogístico da dogmática, encobre que a imposição de medida socioeducativa tem por base questões relativas à socialização da adolescente. Se a finalidade da medida é castigo, tem-se o efeito penal e, se é penal, está sendo aplicada medida sem nenhuma observância da culpabilidade da adolescente; por outro lado, se o efeito pedagógico é para complementar as deficiências, está-se diante de um direito de menores, com violações à legalidade, ao devido processo legal e à presunção de para impor um verdadeiro direito penal do autor. Nessa prática, não se tem educação, mas apenas controle social.

Com isso, os magistrados ignoram a realidade brasileira, em que a dinâmica da violência e da hierarquia é fator de atuação dos mecanismos do controle social informal que os magistrados também reproduzem nas suas atuações.

Assim, levando em conta o alto índice de seletividade do sistema punitivo, os adolescentes de classes sociais mais baixas, com histórico de desvantagens econômicas, são mais punidos do que os adolescentes de classes mais avantajadas, de modo que protege aqueles que têm mais chance de socialização e é injusto e viola a dignidade daqueles que já a têm e têm menos chance de socialização (COUSO, 2006).

Esse quadro é dotado de extrema incongruência, pois as vítimas do sistema punitivo são os mais débeis e são exatamente os que precisam do poder público para representá-los e atuar por eles, porém este poder público não tem tido a capacidade de responder à questão – quem custodiará os custodiados? (MELOSSI, 1996). Não obstante a crise, não se pode parar de exigir, como dever cívico de garantia da vida democrática, menos violência.

Por isso é que o dispositivo analítico da sujeição criminal é um instrumento de interpretação social no Brasil, o qual aponta tipos sociais participativos divididos em: sujeitos "normalizados" e detentores de inúmeras prerrogativas e legitimidades na sociedade, em detrimento de sujeitos representados naquilo que Misse (2008) chama de Tipo social Negativo. "Quando a transgressão, cuja criminação é socialmente justificável, *desliza* para a subjetividade do transgressor e para sua individualidade, reificando-se socialmente como caráter ou enquadrando em um tipo social negativo" (MISSE, 2008, p. 23).

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral; SOBRAL NETO, Maurilo Miranda; DINU, Vitória Caetano Dreyer. Normalização e sujeição – Finalidades da medida socioeducativa de internação para adolescentes em conflito com a lei – Um estudo com sentenças em Pernambuco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 37-66, dez. 2016.

Nesse sentido, a ideia do tipo social negativo acaba por legitimar uma ação "criminalizadora", em que se direciona mecanismos de acusação preventivos formais e informais contra indivíduos cristalizados nesse tipo social.

Enfim, se de um lado as práticas autoritárias da redemocratização, desejosas de ordem a todo custo, existiram e teimam em permanecer; do outro vê-se que as décadas que sucederam à consagração da Doutrina da Proteção no Brasil foram propícias à formação da imagem de uma juventude perdida e indomável.[9]

Por mais que o ideal de Proteção Integral tenha efetuado uma ruptura histórica com o paradigma da "menoridade", presta-se a possibilitar supressão de direitos, sob o véu de que tudo está sendo feito em favor dos adolescentes. Diante de uma estrutura normativa tão fluida, mais do que nunca os juristas devem estar atentos e repensar quais são suas representações sobre as finalidades da medida socioeducativa, a fim de que a prática não se aparte das diretrizes constitucionais, e os adolescentes, "sujeitos de direitos", não tenham suas garantias penais e processuais penais olvidadas.

Por mais que haja uma legislação avançada, como é indicado por vários autores os quais se debruçam sobre a matéria, a ampla discricionariedade permitida pelas normas, bem como a mentalidade jurídica no Brasil, que permanece penalizadora e cada vez mais contrária ao ECA (PASSETI, 2010, p. 371), acaba fazendo com que haja a permanência de estruturas de controle sobre os adolescentes em conflito com a lei. Dessa forma, é necessário analisarmos, a partir de uma perspectiva crítica, a execução no plano fático da Doutrina da Proteção Integral, que pode se prestar a esconder violações de direitos fundamentais sob a retórica de proteção desses mesmos direitos.

5. REFERÊNCIAS

ACÁCIO, Augusto. *Política e polícia.* Medidas de contenção de liberdade: modulações de encarceramento contra os jovens na sociedade de controle. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-SP. São Paulo, 2009.

ANCHIETA, Vânia Cristine Cavalcante; GALINKIN, Ana Lúcia. Policiais Civis: representando a violência. *Psicologia & Sociedade*, n. 17, v. 1, p. 17-28, jan./abr. 2005.

9. As constantes campanhas pela redução da maioridade penal, festejada no Brasil pela mídia, apoiada em campanhas de opinião pública e reverberada em projetos de lei no Congresso Nacional, são a consequência mais evidente do desgosto em torno dos postulados da Proteção Integral.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Seqüência:* Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 71-102, jan. 2005. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185]. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. *A Ilusão de segurança jurídica.* Do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!* Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CENTROS DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ANCED. Pelo Direito de Viver com Dignidade. *Relatório Final de Pesquisa.* Homicídio de Adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação. São Paulo, 2011.

BARATTA, Alessandro. Elementos de um nuevo derecho para la infância y la adolescência. *Capítulo criminológico*, v. 23, n. 1, Maracaibo, jan./jun., 1995.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo.* Lisboa: Edições 70, 1977.

BECKER, Howard. *Outsiders:* studies in the sociology do desviance. Nova York: The Free Press, 1963.

_____. *Falando da sociedade:* ensaios sobre as diferentes maneiras de representar o social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Um enigma chamado Brasil:* 29 intérpretes e um país. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Legislativos. Ministério da Justiça. *Série Pensando o Direito:* ECA: Apuração do Ato Infracional Atribuído a Adolescentes. Brasília, n. 26, 2010. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/26pensando_direito.pdf]. Acesso em: 19 jan. 2016.

BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e controle social:* da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. Nulla Poena Sine Culpa. Un límite necesario al castigo penal de adolescentes. *Revista Pensamiento Penal*, n. 124, Santiago del Chile, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Relatório de Pesquisa.* Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Brasília, 2015.

_____. *Censo do Poder Judiciário.* Vide – Vetores inciais e dados estatísticos. Brasília: 2014.

_____. *Panorama Nacional*. A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação. Justiça ao Jovem. Brasília: 2012.

COUSO, Jaime. Principio educativo y (re) socialización en el derecho penal juvenile. In: UNICEF. *Justicia y derechos del niño*, n. 8. Chile, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

DAMATTA, Roberto. As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social. In: PAOLI, Maria Célia, et. al. *A violência brasileira*. Brasília: Brasiliense, 1982.

_____. A casa e a rua. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco. 1997

_____. Carnavais, Malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997b.

DE PAULA, Liana. Da "questão do menor" à garantia de direitos. Discursos e práticas sobre o envolvimento de adolescentes com a criminalidade urbana. *Civitas*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 27-43, jan./mar. 2015.

FACHINETTO, Rochele Fellini. A "casa de bonecas": um estudo de caso sobre a unidade de atendimento sócio-educativo feminino do RS. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFRGS. Porto Alegre, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. *Revista Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *8.º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: FBSP, 2014.

FREIRE, Christiane Russomano; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. As representações sociais sobre o castigo – magistrados, policiais e administradores penitenciários no RS. *Anpocs*, 2013.

KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel; MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. *BIB*, Rio de Janeiro, n. 50, 2.º semestre, p. 45-123, 2000.

KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa*. Reflexões sobre a natureza juridical das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIMA, Maria Emília A. T. Análise de discurso e/ou conteúdo. *Psicologia em revista*, Belo Horizonte, v. 9, n. 13, p. 76-88, jun. 2003.

MACHADO, Érica Babini L. Do A. *Medida socioeducativa de internação*: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE. Recife, 2014.

MACHADO, Érica Babini Lapa do A.; MELLO, Marília Montenegro P. De seletividade e socioeducação – as condicionantes da criminalização juvenil: pobreza e patriarcado – um olhar criminológico sobre a realidade socioeconômica das adolescentes do sexo feminino cumprindo medida socioeducativa de internação em Recife, PE. In: ANDRADE, Vera Regina P. de; ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Criminologias e Política Criminal*. Florianópolis: CONPEDI – UFSC. Disponível em: [http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=199]. Acesso em: 19 jan. 2016.

MALLART, Fábio. *Cadeias Dominadas*. A fundação Casa, suas dinâmicas e trajetórias de jovens internos. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *(In)imputabilidade penal*. Adolescentes infratores: punir e (res)socializar. Recife: Nossa Livraria, 2004.

MELOSSI, Darío. Ideología y Derecho Penal, Garantismo Jurídico y criminologia crítica: ?Nuevas ideologyas de la subordinacíon? *Revista Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, Del Porto Ed., p. 75-86, 1996.

MÉNDEZ, Emilio Garcia. *Infancia:* De los derechos y de la justicia. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.) *Pesquisa Social*. Teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2012.

MISSE, Michel. *Delinquência juvenil na Guanabara*. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça da Guanabara, 1973.

_____. *Malandros, marginais, vagabundos e a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-graduação da Iuperj. Rio de Janeiro.

_____. Notas sobre a sujeição criminal de crianças e adolescentes. In: SENTO-SÉ João Trajano (org.); PAIVA, Vanilda (org.). *Juventude em Conflito com a Lei*. Rio de Janeiro: Graramond, 2007.

_____. Sobre a Construção Social do Crime no Brasil: Esboços de uma Interpretação. In: MISSE, Michel. *Acusados e Acusadores:* Estudos sobre ofensas, acusações e incriminações, 2008.

_____. Sujeição Criminal. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Crime, polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 2014.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei* – a face obscura da sentença penal. Rio de Janeiro: Revan. 2004.

OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno*. Uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 2009.

_____. Relendo "Vigiar e Punir". *Dilemas*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 4, n. 2, p. 309-338, abr./mai./jun., 2011.

OLIVEIRA, Luciano; SOBRAL, Maurilo. Inclusão às avessas: um estudo sobre a relação dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa e as

instituições educacionais da região metropolitana do Recife – PE. *Direito e Justiça (URI)*, v. 24, p. 186-204, 2015.

PASSETTI, Edson. Sociedade de Controle e abolição da punição. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 13, n. 3, jul./set. 1999.

_____. *Anarquismos e Sociedade de Controle*. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. Segurança, confiança e tolerância: comandos na sociedade de controle. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 18, n. 1, jan./mar. 2004.

_____. Crianças carentes e políticas públicas. In: PRIORE, Mary Del (org.). *História das Crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2010.

PORTO, Maria Stella Grossi. Crenças, valores e representações sociais da violência, *Sociologias*, n. 16, p. 250-273, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política Criminal e Política de Menoridade. *Psicologia* – Teoria, investigação e prática, Centro de Estudos em Educação e Psicologia, Universidade do Minho, v. 4, n. 2, p. 283/292, out. 1999.

SÁ, Celso Pereira de. Representações sociais: teoria e pesquisa no Núcleo Central. *Temas em psicologia*, n. 3, 1993.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 02, v. 02, n. 02, p. 90-99, 2001. Disponível em: [www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_02.pdf]. Acesso em: 18 out. 2015.

SANTOS, Marcos Guimarães dos; GOMES, Carlos Alberto da Costa. O sonho e a realidade: sociedade e violência. In: GEY, Espinheira (org). *Sociedade do medo*. Salvador: EDUFBA, 2008.

SCHUCH, Patrice. *Práticas de Justiça*: Uma Etnografia do "Campo de Atenção ao Adolescente Infrator" no Rio Grande do Sul depois do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da UFRGS. Porto Alegre, 2005.

SOUZA, Jessé. Senso Comum e Justificação da desigualdade. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Ralé Brasileira:* quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

TEXEIRA, Cesar Pinheiro. *A Construção Social do "Ex Bandido"*: um estudo sobre sujeição criminal e pentecostalismo – Rio de Janeiro: 7 Letras, 2011.

TUARDES DE GONZÁLEZ, Trina. Tendencias evolutivas em la proteccion del niño y del adolescente: de la situacion irregular a la proteccion integral. *Capítulo Criminológico,* v. 24, n, 2, p. 119-136, 1996.

VARGAS, Joana Domingues. Adolescentes infratores no Rio de Janeiro: violência e violação de direitos fundamentais. *Revista CFCH,* ano 2, n. 4, dez. 2011.

ZAFFARONI, E. R. *Criminología:* aproximación desde una márgen. Colombia: Editorial Temis, 2003.

ANEXO I

Sentenças	Número do Processo	Sentenças	Número do Processo
Sentença 1	000168-10.2011.8.17.1540	Sentença 14	0000524-92.2013.8.17.0001
Sentença 2	0001688-26.2013.8.17.10.90	Sentença 15	0011362-49.2012.8.17.0480
Sentença 3	00781-46.53.2013.8.17.0001	Sentença 16	0002815-09.2012.8.17.0710
Sentença 4	0000139.87.2013.8.17.2013	Sentença 17	000010745-2013.8.17.0970
Sentença 5	0004117.9.2012.8.17.0990	Sentença 18	5023-33.2011.8.17.0990
Sentença 6	0050760-82.2012.8.17.0001	Sentença 19	5023-33.2011.8.17.0990
Sentença 7	0000495-73.2013.8.17.1090	Sentença 20	464-16.2013.8.17.0100
Sentença 8	0054628-68.2012.8.17.0001	Sentença 21	2785-87.2012.8.17.0100
Sentença 9	0000518-85.2013.8.17.0001	Sentença 22	Sem número
Sentença 10	0026515-07.2012.8.17.0001	Sentença 23	35164-58.2012.8.17.0001
Sentença 11	0031190-45.2011.8.17.0810	Sentença 24	966-02.2012.8.17.0710
Sentença 12	0000281-47.2012.8.02.0084	Sentença 25	4952-14.2012.8.17.0370
Sentença 13	0076605-23.2011.8.17.0001	Sentença 26	265-19.2012.8.17.0200
Sentença 27	265-19.2012.8.17.0200	Sentença 28	2576-20.2012

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Adolescência e infração: conjugando fatores subjetivos e políticos no compartilhamento de responsabilidades, de Andréa Máris Campos Guerra, Aline Souza Martins e Marina Soares Otoni – *RBCCrim* 109/109-130 (DTR\2014\15132);
- Critérios para o recebimento da representação e para a fixação da medida socioeducativa na Lei 12.594/2012, de Eduardo Rezende Melo – *RBCCrim* 109/209-225 (DTR\2014\15136);
- O desafio do trabalho técnico com adolescentes privados de liberdade, de Fabiola Vasconcelos Barbosa Nunes e Maria Radharani Santos Rocha Fonseca – *RDIJ* 4/361-367 (DTR\2014\21003); e
- Os direitos constitucionais da criança e do adolescente infrator sob a perspectiva do processo de apuração e do cumprimento das medidas socioeducativas decorrentes de ato infracional, de Lívia Almeida Lemos, Natália Nogueira Soares Marra e Rafael Augusto dos Santos – *RDIJ* 3/127-143 (DTR\2014\2166).

Uso de drogas e autonomia: limites jurídico-penais e bioéticos

Drug use and autonomy: criminal law and bioethical limits

Gustavo Tozzi Coelho

Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Advogado.
gustavotozzi.coelho@gmail.com

Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Doutor em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal).
Professor titular de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).
pvsouza@pucrs.br

Recebido em: 12.04.2016
Aprovado em: 30.05.2016
Última versão autores: 30.06.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo objetiva contribuir à melhor compreensão da temática que envolve o uso de drogas a partir da análise do problema sob a ótica da autonomia e do princípio de respeito à autonomia. A respectiva metodologia se baseia na análise e revisão bibliográfica interdisciplinar sobre o tema a partir das referências jurídico-penais e bioéticas que auxiliam a entender a complexidade inerente ao uso de drogas. A justificativa do trabalho se dá pela atual problemática que envolve o uso de drogas e suas implicações em se tratando de usuário e o dependente de drogas. Assim, será trabalhada a hipótese de que o uso de drogas se trata de exercício da autonomia, em se tratando do usuário de drogas, pois que quanto ao dependente a situação seria diversa, haja vista sua possível falta de discernimento e autodeterminação para o consumo

Abstract: The present study objective to contribute to the better understanding of the subject that involves the use of drugs from the analysis of the problem from the perspective of autonomy and the principle of respect for autonomy. The methodology of the paper it is based on the analysis and interdisciplinary literature review on the topic from the legal and bioethical criminal referrals that helps to understand the complexities inherent in the use of drugs. The justification of this paper is current problem that involves the use of drugs and its implications when it comes to user and drug addicted persons. It will therefore be crafted the hypothesis that the use of drugs it is exercise of autonomy, in the case of the drug user, since about the situation would be different in the case of the drug addicted, given its possible lack

de drogas. Para tanto, serão cotejados os limites jurídico-penais e bioéticos que podem se relacionar com o uso de drogas (usuário e dependente) e a autonomia. Serão abordados os princípios bioéticos de limitação à autonomia (princípio da beneficência e não maleficência), bem como os contornos limítrofes que envolvem o paternalismo jurídico-penal, a proteção da saúde pública e a (in)capacidade jurídico-penal, referentes à autonomia em se tratando do uso de drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas - Uso - Autonomia - Bioética - Direito Penal - Limites.

of discernment and self-determination for the use of drugs. To do so, will be compared criminal law and bioethical limits that can be related to drug use (user and drug addicted) and autonomy. Will be addressed the bioethical principles of limitation of autonomy (principle of beneficence and non-maleficence), as well as the bordering outlines involving criminal legal paternalism, the protection of public health and the (in) capacity regarding criminal legal autonomy when it comes to drug use.

KEYWORDS: Drugs - Use - Autonomy - Bioethics - Criminal Law - Limits.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais - 2. Uso e usuário de drogas - 3. Autonomia e princípio do respeito à autonomia - 3.1. Princípio do respeito à autonomia e vulnerabilidade - 4. Limites bioéticos da autonomia - 4.1. Princípio da beneficência - 4.2. Princípio da não maleficência - 5. Limites jurídico-penais da autonomia - 5.1. Paternalismo jurídico-penal - 5.2. Proteção da saúde pública - 5.2. (In)capacidade jurídico-penal e o dependente - 6. Considerações finais - 7. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, o uso de drogas (substâncias psicoativas) é considerado ilícito-típico nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006.[1] Contudo, o legislador parece não ter voltado os olhos para

1. Art. 28 da Lei 11.343/2006: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1.º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2.º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3.º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo

a tênue linha que diferencia o usuário, o abusivo e o dependente químico, diferenças estas que repercutem tanto na análise do fato em concreto, quanto nas possíveis implicações de intervenção na autonomia do indivíduo e seu plano de vida, a partir das suas escolhas e valores decididos como objetivos a serem perseguidos.[2]

Tal situação, todavia, merece maiores cuidados ao ser analisada no âmbito da ciência conjunta do Direito Penal, pois o Direito urge por amparo das demais áreas científicas que contribuem para maior compreensão da temática. E não seria diferente em se tratando da complexidade que apresenta a situação envolvendo o uso de drogas, o usuário (e seus diferentes graus) e a legislação jurídico-penal.

Assim, como a presente análise cotejará os aspectos jurídico-penais e bioéticos referentes à questão apresentada, comecemos pela conceituação, ou dito de outra forma, do diagnóstico que distingue os critérios de uso de substância psicoativa.

Consoante a Associação Americana de Psiquiatria,

> Todas as drogas que têm em comum a ativação direta do sistema de recompensa do cérebro, o qual está envolvido no reforço de comportamentos e na produção de memórias. A ativação do sistema de recompensa é intensa a ponto de fazer atividades normais serem negligenciadas. Em vez de atingir a ativação do sistema de recompensa por meio de comportamentos adaptativos, as drogas de abuso ativam diretamente as vias de recompensa. Os mecanismos farmacológicos pelos quais cada classe de drogas produz recompensa são diferentes,

---

de 5 (cinco) meses. § 4.º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5.º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6.º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa. § 7.º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

2. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 138.

> mas elas geralmente ativam o sistema e produzem sensações de prazer, frequentemente denominadas de "barato" ou "viagem".[3]

Seguindo nos referidos estudos da Associação Americana de Psiquiatria, importante de ser explicitado que indivíduos com baixo nível de autocontrole (podendo ser reflexo de deficiências em mecanismos cerebrais de inibição), podem ser predispostos ao desenvolvimento de transtornos pelo uso de substância. Determinadas pessoas podem ter seu transtorno pelo uso de substância originado em observação de algum comportamento anterior ao atual uso da substância.[4] O diagnóstico sobre o uso excessivo de substância pode ser abordado a partir do critério "A", que elencaria as situações de baixo controle sobre o uso da substância; deterioração social; uso arriscado; critérios farmacológicos.[5]

Ainda podemos trazer a lume o que refere Pereira, de que

> (...) o encontro com a droga promove uma balbúrdia psíquica generalizada, que leva o sujeito a uma nova vida, a construir uma nova história, com consequências fundamentais futuras, mesmo naqueles casos em que o sujeito tenha a se libertar da dependência.[6]

Os elementos até aqui empenhados, contudo, fazem parte – bem ou mal – do plano de vida que cada indivíduo tem para si, *i.e.* usar ou não a substância, a droga. E isto, no campo da moral, pode ainda provocar algumas discussões no âmbito social, mas deveria o Direito Penal, enfim, se ocupar de tais comportamentos? Seria a finalidade do Direito Penal intervir na liberdade do indivíduo a fim de proibir comportamentos morais?[7-8] Feita essa liminar abordagem multidisciplinar, imperioso acentuar os aspectos jurídico-penais que envolvem o uso e o usuário de drogas.

---

3. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. DSM-5*. Trad. Maria Inês Corrêa Nascimento *et al.* 5 ed. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 481.
4. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*. DSM-5. Trad. Maria Inês Corrêa Nascimento *et al.* 5 ed. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 481.
5. São 11 os critérios desenvolvidos conforme a Associação Americana de Psiquiatria. Para uma melhor compreensão, ver: AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Op. cit., p. 483-484.
6. PEREIRA, Vicente de Brito. *Ensaios sobre a embriaguez*. Rio de Janeiro: Record, 2013, p. 166-167.
7. ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 44-50.
8. FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Nova Iorque: Oxford, 1984, p. 3. (versão digital – ebook).

2. USO E USUÁRIO DE DROGAS

Em que pese o uso e usuário de drogas, historicamente, carregarem o estigma da marginalidade seletiva do modelo proibicionista,[9] deve-se reconhecer que a matéria objeto do presente estudo teve um avanço significativo em termos legislativos, uma vez que houve uma alteração substancial em relação ao antigo estatuto repressivo (Lei 6.368/1976). Não cabe mais pena privativa de liberdade ao usuário que incorrer nas condutas previstas no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006 e, mesmo que tenha mantido o caráter penal para o mesmo, mister compreender que houve um interessante abrandamento nas sanções previstas (I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo).[10]

Ainda que esteja longe de se alcançar uma solução efetiva para a problemática do uso e do usuário de drogas, a legislação atual demonstrou atenção voltada às atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas (arts. 20 e 21 da Lei 11.343/2006). Importante e salutar medida, pois que em consonância com o art. 193 da CF/1988, reclamando o objetivo do bem-estar social e expressando a vontade do poder constituinte originário de fomentar uma teia social selada pela busca da qualidade de vida para as pessoas, e valores humanos mais significativos. "Compõe o âmago das atividades de atenção à redução dos riscos, dos danos e à qualidade de vida".[11] Assim, àquele que utiliza a droga, seja usuário, seja dependente, é necessário um maior espaço de qualidade de vida, que pode ser alcançado através das atividades de atenção que lhe proporcionam os entes estatais e privados aportados pelo Sisnad.[12]

Não obstante o reconhecimento de avanços em se tratando do uso e usuário de drogas, a novel legislação insistiu em duas problemáticas existentes desde o antigo estatuto repressor. Mesmo não tendo previsto penas

9. KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 3, p. 2-9; CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil.* Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 260.

10. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal.* São Paulo: USP, 2010, p. 258 e ss. Disponível em: [http://www.teses.usp.br]. Acesso em: 05 jan. 2016.

11. BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de Drogas:* comentários à Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 28.

12. BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de Drogas:* comentários à Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 28.

privativas de liberdade ao usuário ou dependente, manteve – inadequadamente – o caráter penal das sanções respectivas ao uso de drogas. Além disso, ou seja, ainda considerando um ilícito-típico as condutas descritas no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006, também não fez qualquer diferença entre o *uso* de drogas praticado por mero usuário ou por um dependente (físico ou psicológico). Portanto, é de grande importância para o seguimento do presente estudo fazer tal distinção fática que envolve o usuário e o dependente.

Quanto ao usuário (eventual ou esporádico/habitual),[13] é aquele que faz o uso esporádico da droga, de maneira consciente, i.e., não se trata de um "doente", um excluído, que deva ser tratado. Como referem Bizzoto e Rodrigues, "a adoção da generalização é fruto de um preconceito arraigado na banalidade do lugar comum ao se aceitar docilmente e sem questionar a falaciosa premissa de que o usuário é um doente, logo, pessoa que precisa de auxílio".[14] Thums e Pacheco chegam a afirmar a atipicidade do uso de drogas, visto que "a não incriminação leva em conta a impossibilidade de punir atos que atentam contra o próprio agente, na medida em que se trata de autolesão da saúde".[15]

Martinelli, com razão, aponta que o uso de drogas é uma autolesão que afeta tão somente o usuário, assim

> (...) a única alternativa é aceitar o uso da droga como exercício da autonomia do indivíduo. Alegar que uma pessoa drogada pode sentir-se desinibida para praticar crimes não convém, pois o art. 28 é claro: basta portar a droga para incidir no tipo penal. Não é necessário usar a droga, nem praticar qualquer ato ilícito posterior. Se,

13. Martinelli qualifica como "eventual" o usuário que não sofre de dependência, e que saberia o que seria melhor para si mesmo, podendo prosseguir no exercício de sua autonomia para usar a droga, MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 259; Bizzoto e Rodrigues qualificam o usuário eventual como aquele que faz o uso esporádico da droga, BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Op. cit., p. 29; ainda, Arruda classifica como consumo eventual ou entorpecimento habitual as condutas do usuário não acometido da dependência (física ou psicológica). ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas*. Aspectos penais e processuais penais (Lei 11.343/2006). São Paulo: Método, 2007, p. 113; sob uma perspectiva abolicionista, ver, RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 140-152.

14. BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Op. cit., p. 29-30.

15. THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas*. Crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2007, p. 36.

> eventualmente, o sujeito, sob efeitos de droga, cometer um crime, responderá com fundamento na *actio libera in causa*.[16-17]

Já no que tange ao dependente, a questão se coloca de maneira diversa. E tendo em vista tal diversidade, se faz necessário distinguir dois conceitos de fundamental importância: dependência física ou psicológica e tolerância.[18] A dependência física é um estado de adaptação fisiológica a uma droga manifestada pela retirada. Na retirada da droga ocorrem modificações fisiológicas, a chamada síndrome de abstinência. Como exemplo de drogas que causam dependência física, álcool e heroína.[19] A dependência psicológica é a "sensação de satisfação e desejo de repetir a experiência de consumo ou evitar o descontentamento em não ter."[20] Tal característica se apresenta como um poderoso fator para o consumo crônico das drogas psicoativas e com algumas drogas pode ser o único fator óbvio associado ao uso compulsivo. Quanto à tolerância, é a necessidade do aumento progressivo da dose da droga para produção do efeito originalmente encontrado com doses menores. Destarte, o dependente químico precisa sempre consumir e cada vez mais para se manter sob os efeitos da droga consumida.[21] "As drogas psicoativas causam tolerância e várias delas levam o viciado à dependência física, condições essas que determinam um padrão de uso que é danoso à saúde".[22]

16. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 259.
17. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 267.
18. CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias. Aspectos médico-forenses na determinação da condição mental do dependente químico. In: REALE JR., Miguel. *Drogas:* aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 237-243.
19. CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias. Op. cit., p. 237.
20. CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias. Op. cit., p. 238.
21. "A dependência química é uma doença decorrente mais de uma pane na química cerebral do que um colapso do caráter. A Organização Mundial da Saúde – OMS define a dependência química como um estado psíquico e físico que sempre incluem uma compulsão de modo contínuo ou periódico, podendo causar várias doenças crônicas físico-psíquicas, com sérios distúrbios de comportamento. Pode também, ser resultado de fatores biológicos, genéticos, psicossociais, ambientais e culturais, considerada hoje como uma epidemia social, pois atinge toda gama da sociedade, desde a classe social mais elevada a mais baixa. A Classificação Internacional de Doenças – CID-10 define-a como transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substâncias psicoativas". Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Neurociências:* consumo e dependência de substâncias psicoativas. Genebra: 2004. p. 10 e ss. Disponível em: [http://www.who.int/substance_abuse/publications/en/Neuroscience_P.pdf]. Acesso em: 07 abr. 2006.
22. CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias. Op. cit., p. 238-239.

Portanto, conforme acima esposado, temos duas situações bem distintas (que serão tratadas oportunamente nos itens 5.1 e 5.2, respectivamente): 1) o usuário, enquanto indivíduo autônomo (os requisitos bem como a concepção do princípio de respeito à autonomia será objeto de estudo nos itens seguintes) tem capacidade de discernimento, condições de agir conforme sua consciência e liberdade de agir restringida em função de interesse alheio, quando usa a droga, o faz de modo consciente, incorrendo numa autolesão consciente, sendo ilegítima a intervenção no seu modo de ser, pois que restringe sua liberdade de escolha, a escolha de usar a droga; 2) o dependente, que tem sua autonomia diminuída em face de sua afetada capacidade de discernimento acerca do uso da droga, merece tratamento diferenciado.[23-24-25]

Dito isso, bem como analisados – dentro do que comporta o presente estudo – a situação do uso e do usuário de drogas (e dependente químico), passa-se à abordagem concernente ao princípio do respeito à autonomia e sua relação com o uso de drogas.

---

23. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 259.

24. Também, sobre o tema, ver, REGHELIN, Elisangela Melo. *Redução de danos. Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 48-49; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre a inidoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas. In: REALE JR., Miguel. *Drogas:* aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 91 e ss.; ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit., p. 24-28; COSTA, Fernando José da. Descriminalização do porte e do uso de substância ilícita. In: REALE JR., Miguel. *Drogas:* aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 87-90; ROSA, Rodrigo Silveira da. *Comentários à nova lei de combate às drogas que causam dependência.* Prevenção e repressão. Sorocaba: Minelli, 2009, p. 69 e ss.; HARTMANN, Arlete. *Uso de drogas:* crime ou exercício de um direito? Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 110; GOMES, Luiz Flávio *et al. Lei de drogas comentada artigo por artigo.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 67 e ss.

25. Apesar de como demonstrado, que a Lei 11.343/2006 não distingue o usuário do dependente, a mesma aponta os critérios distintivos acerca do usuário e do traficante (§ 2.°, art. 28, Lei 11.343). Para nos limitar ao essencial, visto que tal questão será tratada quando abordarmos o objeto de proteção jurídica, o bem jurídico saúde pública, destacamos desde já nossa não concordância com a distinção e critérios apontados pelo § 2.°, art. 28, Lei 11.343/2006, pois que objeto de estudo próprio em outro artigo: TOZZI COELHO, Gustavo. Uso de entorpecentes e os critérios (?) distintivos entre os delitos previstos nos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/2006 à luz da atual jurisprudência. Princípio da insignificância e ofensividade. *Revista Refletindo o Direito,* Bento Gonçalves, Associação Refletindo o Direito, 2013, p. 430-457.

3. AUTONOMIA E PRINCÍPIO DO RESPEITO À AUTONOMIA

No presente item faremos uma abordagem acerca da concepção de autonomia, bem como do princípio de respeito à autonomia e suas implicações na seara da Bioética e no âmbito do Direito Penal. Assim, com fulcro no essencial para os objetivos deste estudo, iniciaremos tratando da autonomia enquanto dispositivo consagrado no art. 5.º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco:

> Art. 5º: Autonomia e responsabilidade individual: Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para a tomada de decisões, desde que assumam a responsabilidade por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais indivíduos. Para aqueles que não forem capazes de exercer a autonomia, devem ser adotadas medidas especiais para a proteção de seus direitos.[26]

Para possibilitar o avanço na nossa análise acerca do princípio do respeito à autonomia, se faz mister delimitar antes uma concepção acerca do termo "autonomia" para, em seguida, darmos ênfase aos ditames que regem o referido princípio. Sendo assim, passa-se à concepção e definição de autonomia, que seria fundamental nos âmbitos da ética, da política e do direito.[27]

Dworkin define autonomia

> (...) como a capacidade para refletir sobre uma estrutura motivacional e fazer mudanças nessa estrutura. Assim, autonomia não é somente uma capacidade reflexiva, mas também inclui alguma habilidade para alterar preferências e fazê-las efetivas na ação. Autonomia é uma capacidade de segunda ordem para refletir criticamente sobre

26. CASADO, María (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios.* Análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO. Trad. Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: Edipucrs, 2013, p. 231.

27. Boladeras Cucurella aponta que, mesmo que o desenvolvimento do conceito de autonomia pessoal tenha se dado na Modernidade, possui suas raízes fincadas na história das cidades-estados da época clássica grega, chamadas autônomas por sua capacidade de autogoverno. Ao longo da história houve sistemas sócio-econômicos baseados entre cidadãos livres e escravos: os primeiros teriam o reconhecimento jurídico dos direitos de cidadania; os segundos dependiam das decisões de seus amos. É a partir da época moderna que se dá a ruptura histórica: a universalização da consideração de todo indivíduo humano como ser livre e autônomo, em sentido ético, político e jurídico. As distintas concepções éticas têm dado algum protagonismo à perspectiva do ser humano como sujeito autônomo. Cf. BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. Principio de autonomía. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Diretor). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética.* Tomo I, a-h. Granada: Comares, 2011, p. 107.

> preferências de primeira ordem e desejos, e a habilidade de identificar com esses ou muda-los à luz de preferências de ordem maior e valores. Ao exercitar tal capacidade nós definimos nossa natureza, damos significado e coerência às nossas vidas, e tomamos responsabilidade pelo tipo de pessoa que nós somos.[28]

A palavra autonomia é derivada do termo grego "*autos*" (próprio) e "*nomos*" (regra, norma, lei, autoridade), e fora utilizado pela primeira vez com referência ao autogoverno e à autodeterminação das cidades-estados gregas independentes. Tal sentido político chega até o século XVIII. Após o "Contrato Social" de Rousseau, o filósofo que dá o passo mais significativo na busca pelo conceito de autonomia é Kant, que situa a noção de autonomia no centro da concepção de ser humano e da moral. Kant define a autonomia como a capacidade da pessoa de reger sua própria conduta, dando-se a lei em si mesma, graças ao exercício de sua vontade vinculada à razão.[29-30]

Destarte, conceito de autonomia na filosofia moral e bioética

> (...) reconhece a capacidade humana para autodeterminação e coloca à frente um princípio de que a autonomia das pessoas deve ser respeitada. Neste nível de generalidade, não tem muito a ser levado sobre este assunto; uma concepção de autonomia deverá definir autodeterminação e apontar como e porque a autonomia extensiva deva ser respeitada. A autonomia como capacidade de pessoas deve se distinguir da autonomia quanto à propriedade de ações e decisões, para a pessoa com capacidade de autonomia pode agir de modo não-autônomo em ocasiões particulares, por exemplo, uma pessoa que é coagida a fazer algo. Autonomia como valor fundamental e direito básico é parte da teoria moral e política do liberalismo individual.[31]

---

28. DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 108.

29. BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. Op. cit., p. 108.

30. "*La autonomía de la voluntad es aquella modalidad de la voluntad, por la que ella es una ley para sí misma (independientemente de cualquier modalidad de los objetos del querer). El principio de autonomía es por lo tanto éste: no elegir sino de tal modo que las máximas de su elección estén simultáneamente comprendidas en el mismo querer como ley universal*". Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 87.

31. "*The concept of autonomy in moral philosophy and bioethics recognizes the human capacity for self-determination, and puts forward a principle that the autonomy of persons ought to be respected. At this level of generality, there is not much with which to take issue; a full account of autonomy must further define self-determination and state how and to what extent*

Beauchamp e Childress começam a definir o conceito de autonomia a partir do que entendem como o essencial enquanto distinta do autogoverno político: é o governo pessoal do "eu" que é livre de interferências controladoras através de outros, como também de limitações pessoais que obstam a escolha expressiva da intenção, tais como a compreensão inadequada. O indivíduo autônomo age livremente conforme um plano escolhido propriamente, da mesma forma como um governo independente administra seu território, definindo suas políticas. Em contrapartida, uma pessoa com a autonomia reduzida é, ao menos de alguma forma, controlada por outros ou incapaz de deliberar ou agir baseada nos seus desejos e planos. Por exemplo, pessoas institucionalizadas, como presos ou portadores de deficiências mentais, frequentemente têm a autonomia reduzida. A incapacitação mental limita a autonomia de portadores de deficiência, e a institucionalização coercitiva restringe a autonomia dos presos. Os autores referem, ainda, que todas as teorias da autonomia consideram duas condições essenciais: 1) a liberdade (independência de influências controladoras) e, 2) a qualidade de agente (capacidade de agir intencionalmente). Contudo, Beauchamp e Childress analisam a ação autônoma sob três condições: 1) agentes normais que agem intencionalmente, 2) com entendimento e 3) sem influências controladoras. Assim, para que uma ação seja considerada autônoma, exige-se apenas um grau substancial de entendimento e de liberdade de qualquer coerção, e não um entendimento pleno ou uma completa ausência de influência.[32]

Abordadas as concepções acerca da noção de autonomia, pode-se passar à análise do princípio de respeito à autonomia. Beauchamp e Childress referem que "ser autônomo não é a mesma coisa que ser respeitado como um agente autônomo".[33] Os autores aferem que "respeitar um agente autônomo é, ao mínimo, reconhecer o direito dessas pessoas de ter suas opiniões, fazer suas escolhas e agir com base em valores e crenças pessoais".[34] Tal respeito engloba a ação respeitosa, e não simplesmente uma atitude respeitosa. Ainda, exige-se também mais que obrigações de não intervir nas decisões das pessoas, pois que inclusas obrigações para sustentar as capacidades dos outros para que possam

autonomy should be respected. Autonomy as a capacity of persons must be distinguished from autonomy as a property of actions and decisions, for a person with the capacity of autonomy may act nonautonomously on particular occasions, for example, a person is coerced to do something. Autonomy as a fundamental value and a basic right is part of the moral and political theory of liberal individualism." MILLER, Bruce L. Autonomy. *Encyclopedia of Bioethics*. 3rd edition. Volume I, A-C. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011, p. 246.

32. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 138-141.

33. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 142.

34. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 142.

escolher autonomamente, reduzindo os temores, bem como outras condições que destruam sua autonomia. Diante desta concepção, pode-se dizer que o respeito à autonomia implica no tratamento das pessoas de modo a capacitá-las à ação autonomamente, ao passo que o desrespeito envolve atitudes e ações que "ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros e, portanto, negam uma igualdade mínima entre as pessoas".[35] Neste contexto, Beauchamp e Childress aduzem que violar a autonomia de uma pessoa é tratá-la simplesmente como um meio, conforme os objetivos de outros, não levando em consideração os objetivos da própria pessoa. Para os autores em comento, tal tratamento é uma violação moral fundamental, pois que as pessoas autônomas são fins em si mesmas, capazes, portanto, de determinar o próprio destino.[36]

Consoante a doutrina de Beauchamp e Childress, o princípio de respeito à autonomia pode ser estabelecido de forma negativa da seguinte maneira: "as ações autônomas não devem ser sujeitadas a pressões controladora dos outros".[37] Isto porque o princípio exige uma obrigação abstrata e ampla, livre de quaisquer cláusulas restritivas (*v.g.*, 'devemos respeitar as opiniões e os direitos dos indivíduos desde que seus pensamentos e ações não prejudiquem outras pessoas seriamente'). Correlato a essa obrigação, temos o direito de autodeterminação, sustentáculo de vários direitos de autonomia, inclusos os de confidencialidade e privacidade. "O princípio de respeito à autonomia não determina por si mesmo o que uma pessoa deve ser livre para saber ou fazer, nem o que é uma justificação válida para a restrição da autonomia".[38]

Destarte, o princípio de respeito à autonomia,[39] na visão de Beauchamp e Childress, deve ser entendido enquanto um direito de autoridade para o próprio controle do destino pessoal, porém, não se mostra como a única fonte de obrigações e direitos morais.[40] Beauchamp e Childress anotam também a

35. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 143.

36. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 143.

37. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 143.

38. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 144.

39. Acerca do princípio de respeito à autonomia, ver também: MILLER, Bruce L. Op. cit., p. 247 e ss.; VÁZQUEZ, Rodolfo. Autonomia e responsabilidade individual. In: CASADO, María (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios*. Análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO. Trad. Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: Edipucrs, 2013, p. 235-236; BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. *Op. cit.*, p. 112.

40. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 144.

necessidade de se considerar as exigências positivas do princípio de respeito à autonomia, principalmente a obrigação positiva de tratamento respeitoso ao se revelar informações e no encorajamento da decisão autônoma, por isso, em determinados casos, aumentar as opções disponíveis para as pessoas é uma obrigação. Explicam os autores que muitas ações autônomas não poderiam acontecer sem a cooperação material de outros que tornem acessíveis as opções. Assim, o respeito à autonomia obriga os profissionais a "revelar as informações, verificar e assegurar o esclarecimento e a voluntariedade, e encorajar a tomada de decisão adequada".[41]

Portanto, a exigência para que tratemos os outros como fins requer que auxiliemos e assistamos as pessoas com o escopo de atingirem seus fins e que encorajemos suas capacidades como agentes, e não que meramente se evite tratá-las totalmente como meios aos nossos fins.[42-43]

3.1. Princípio do respeito à autonomia e vulnerabilidade

Como fora esboçado no item precedente, pode-se resumir a ideia de autonomia como significado de conduta livre, *i.e.*, o ser autônomo tem a possibilidade de agir com liberdade. Tal liberdade resulta na ausência de constrangimento ou compulsão, pois que o sujeito age de acordo com sua vontade. Nada obstante, é necessária a imposição de alguns limites a essa liberdade, porque vivemos em grupos, comunidades e sociedades com outras pessoas que também possuem o

41. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 144.

42. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 145.

43. Ainda, conforme Martinelli, o princípio do respeito à autonomia entra em conflito com o perfeccionismo ou moralismo legal pois estes permitem ao Estado que utilize de sua soberania para adoção de políticas que entende serem melhores aos cidadãos em sua formação. Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2010, p. 64. Também criticando o "perfeccionismo", VÁZQUEZ, Rodolfo. Op. cit., p. 235-236: "Assim, por exemplo, o argumento perfeccionista a favor de castigar a posse de drogas com o fim exclusivo de consumo pessoal – porque seu consumo degrada moralmente o indivíduo e o introduz ao vício -, está desqualificado pelo princípio de autonomia individual. Em todo caso, a depreciação e a degradação podem ser condenadas em contextos não jurídicos, mas o indivíduo não pode ser submetido a uma coerção punitiva por parte do Estado." Cf. VÁZQUEZ, Rodolfo. Op. cit., p. 236. Ainda, afirmando que a autonomia é utilizada para opor-se a visões perfeccionistas ou paternalistas: DWORKIN, Gerald. Op. cit., 1988, p. 10; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía personal y decisiones médicas*. Cuestiones éticas y jurídicas. Madrid: Civitas, 2010, p. 67-68.

desejo de serem autônomas, o que se mostra como um fundamento suficiente à limitação de nossa autonomia.[44]

Assim, é reconhecido como sujeito autônomo aquele que tem a liberdade de ação conforme sua consciência e vontade, preservando os direitos de terceiros. Em tese, todos são livres para o desempenho de suas atividades, desde que obedecido o princípio do respeito ao direito alheio, que cumpre um papel inibidor ao exercício da autonomia. "Deixar de fazer algo nem sempre implica falta de autonomia, pois o sujeito pode estar compelido pela preservação de direito alheio".[45]

Para Martinelli, se mostra possível verificar hipóteses de paternalismo justificado quando ausente (ou falta) autonomia à parte protegida:

> Reconhecida a vulnerabilidade da pessoa para optar por um comportamento, deve o Estado interferir em sua liberdade. Assim como falta autonomia para decidir por uma autolesão, também não há autonomia para recusar a proteção da norma. O sujeito não consegue discernir sobre suas ações, que podem provocar prejuízos a si mesmo, e também falta discernimento para negar a tutela do Estado.[46]

Assim, a interferência estatal na liberdade do cidadão quando sua conduta não afeta terceiros é legitimada por causa da sua vulnerabilidade. Em princípio, aquele que não é vulnerável, não precisaria nem solicitaria a proteção estatal. Tendo em vista que o princípio paternalista coloca o vulnerável em posição de mais fraco, é merecedor de proteção normativa. Destarte, "a restrição paternalista por meio do direito penal somente é legitima quando seu objeto for pessoa vulnerável, fragilizada."[47-48]

Martinelli assevera que o conceito de vulnerabilidade é amplo, indo além do Direito. Assim, vulneráveis são os sujeitos que podem ser atacados ou ofendidos. Tratam-se de pessoas que, em virtude das condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, formada entre eles e a sociedade, transformadas em desigualdade.[49] A vulnerabilidade

44. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 171.
45. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 175.
46. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 177.
47. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 206.
48. Como já fora informado, trataremos especificamente do paternalismo jurídico-penal em item respectivo (item 5.1.).
49. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 206.

pode ser compreendida como indicador de desequilíbrio nas relações pessoais e, assim, para que se restabeleça o equilíbrio se faz necessário que ocorram interferências externas. "O paternalista, assim, é aquele que se julga capaz de buscar o equilíbrio necessário e proteger o vulnerável nas suas relações".[50]

É possível conceber a vulnerabilidade do ponto de vista moral ou operacional. Sob o ponto de vista moral, "vulnerável é o sujeito desprovido de virtudes, incapaz de cuidar de si mesmo e que requer cautela especial".[51] Vale referir, consoante Martinelli, que o sentido de virtude se dá pela capacidade interna de autocondução. Há uma relação de dependência envolvendo o vulnerável e outra pessoa ou instituição, *v.g.*, o Estado. Sob o ponto de vista operacional, a vulnerabilidade se dá pela falta não deliberada de condições pessoais ou ambientais para o viver como sujeitos humanos, *i.e.*, o vulnerável é aquela "pessoa a quem se deve dar maior atenção para uma vida mais digna, pois sua fragilidade a impede de fazê-lo por conta própria".[52]

Conforme Martinelli, não se pode olvidar que a vulnerabilidade tem estrita ligação com o modo de vida do indivíduo. As pessoas podem se tornar mais ou menos vulneráveis a certos riscos em face da condição social. Surge, então, a vulnerabilidade social, que é a "falta de ativos materiais e imateriais a que determinado indivíduo ou grupo está exposto a sofrer futuramente alterações bruscas e significativas em seus níveis de vida".[53-54]

A relação de desigualdade, como bem refere Martinelli, pode se manifestar de modo individual ou coletivamente, entre indivíduos, entre diferentes grupos, culturas ou etnias minoritárias relativas a grupo mais amplo. Encontra-se, então, a principal diferença entre a vulnerabilidade e ausência de autonomia. A autonomia é pessoal e individual, e não pode atribuir-se a grupos ou entidades. Contudo, Martinelli opina no sentido de que "a vulnerabilidade é uma

50. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 207.
51. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 207.
52. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 207.
53. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 207.
54. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 208. Ainda, Martinelli refere que o ordenamento jurídico brasileiro é cheio de normas reconhecedoras da vulnerabilidade de determinadas categorias de pessoas e, portanto, clamam sua proteção. Assim, *v.g.*, estupro de vulnerável (art. 217-A, Código Penal Brasileiro); inversão do ônus da prova e o domicílio do consumidor como foro para conflitos envolvendo relações de consumo; nulidade dos atos praticados por absolutamente incapazes.

das formas de ausência de autonomia, seja de um indivíduo ou de um grupo determinado de pessoas (*sic*)".[55-56-57]

Vários fatores podem determinar a vulnerabilidade de alguém, *v.g.*, o menor desenvolvimento intelectual e cultural pode especificar certas fragilidades no momento da decisão sobre algo. Também pode ser um fator contribuinte à vulnerabilidade a falta de desenvolvimento emocional, assim como a pouca idade, e o baixo nível socioeconômico, fator de risco no aumento de *stress* e, via de consequência, da vulnerabilidade.[58]

Vale lembrar que o rol de pessoas vulneráveis não é de modo algum taxativo. Geralmente, a lei determina a vulnerabilidade de menores de idade e pessoas portadoras de doenças mentais (desenvolvimento mental incompleto ou retardado). Para o Direito Civil, tratam-se dos incapazes; para o Direito Penal, inimputáveis. Ainda há um terceiro grupo de sujeitos que são expostos a riscos e que representam as pessoas com idade superior aos 18 anos e sem ter sua saúde mental comprometida. Tratam-se de pessoas que eventualmente se encontram perturbadas por certo motivo e, determinantemente, em dado momento, podem agir sob influência da vulnerabilidade momentânea.[59]

Martinelli anota que quando nos referirmos aos menores de 18 anos e aos adultos com problemas mentais se faz necessária a exigência do comportamento de alguém para compensar a vulnerabilidade (como é determinado normativamente, *v.g.*, a nomeação de tutores e curadores à prática de atos civis). Tal situação também se possibilita ao terceiro grupo de vulneráveis, podendo ter o auxílio de outra pessoa com o escopo de compensar suas dificuldades de agir. Portanto, restam definidos os três grupos de vulneráveis: 1) crianças e adolescentes; 2) adultos com problemas mentais (desenvolvimento mental incompleto ou retardado); 3) pessoas (adultos) com perturbação temporária, vulnerabilidade momentânea.[60]

---

55. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 208.
56. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 208.
57. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 167 e ss.
58. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 209.
59. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 209.
60. Importante registrar que Martinelli ainda visualiza um quarto grupo componente dos vulneráveis. Tal grupo é formado por pessoas que não apresentam idade inferior a 18 anos, tampouco problemas mentais ou perturbações temporárias. São pessoas que se destacam através de outra forma de vulnerabilidade e, portanto, têm tratamento diferenciado da legislação dentro de determinados parâmetros. O reconhecimento da vulnerabilidade não implica – necessariamente – a tomada de medidas paternalistas. Pode

Antes de finalizarmos no presente item, importante tecer uma breve consideração quanto à situação do dependente de drogas enquanto pessoa vulnerável. O dependente de drogas, em virtude da ausência (ou falta) de autonomia pela falta da capacidade de discernimento, é pessoa doente e que precisa de amparo médico, da família e dos amigos.[61]

4. LIMITES BIOÉTICOS DA AUTONOMIA

4.1. Princípio da beneficência

Beauchamp e Childress iniciam sua análise acerca do princípio da beneficência a partir da definição de beneficência, que na linguagem cotidiana significa atos de compaixão, bondade e caridade, neste sentido, o altruísmo, o amor e a humanidade também são formas de beneficência. Assim, entendem a ação beneficente em sentido mais amplo, de forma que se incluam todas as ações que tenham o escopo de beneficiar as outras pessoas.[62] Destarte, a beneficência

> (...) refere-se a uma ação realizada em benefício de outros; a benevolência refere-se ao traço de caráter ou à virtude ligada à disposição de agir em benefício de outros; e o princípio de beneficência refere-se à obrigação moral de agir em benefício de outros. Muitos atos de beneficência não são obrigatórios, mas um princípio de beneficência, em nossa acepção, afirma a obrigação de ajudar outras pessoas promovendo seus interesses legítimos e importantes.[63]

Beauchamp e Childress anotam acerca das concepções de beneficência ideal e obrigatória.[64] Elencam as críticas feitas em se tratando da beneficência como

---

o estado exercer sua função de proteção mediante instrumentos de outra natureza, v.g., as denominadas ações afirmativas. Como grupos vulneráveis especiais, apresentam-se as mulheres (Lei Maria da Penha, 10.340/2006), os idosos (Estatuto do Idoso, 10.741/2003), os consumidores (Código de Defesa do Consumidor) e os indígenas (Lei 6.001/1973). Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 219-223.

61. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 441-443.

62. Rodríguez Arnaiz, apoiado nos estudos de Beauchamp e Childress, afere que, em sua acepção genérica, "*la beneficencia está conectada a actos o comportamientos en los que se trasluce la buena voluntad, la bonhomía y amabilidad, la expresión de la caridad e, inclusive, el amor, el altruismo y la humanidad*". Cf. RODRÍGUEZ ARNAIZ, Graciliano Gonzáles. Principio de beneficencia. In: *ROMEO CASABONA, Carlos María (Diretor). Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Tomo I, a-h*. Granada: Comares, 2011, p. 122.

63. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 282.

64. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 283.

a identificação de possíveis obrigações com relação aos outros, pois que há objeções quanto à afirmação de que possuímos essas obrigações positivas. Os críticos sustentam que a beneficência é tão somente um ideal virtuoso ou um ato de caridade, e, desse modo, as pessoas não teriam falhas morais em caso de não terem agido de modo beneficente. Beauchamp e Childress indicam o exemplo mais famoso de beneficência: a parábola bíblica do bom samaritano.[65-66] Após examinarem o caso da parábola bíblica, os autores aduzem que nossa "beneficência, portanto, é às vezes um admirável ideal de ação que ultrapassa a obrigação, e, outras vezes, é apropriadamente limitada por outras obrigações morais".[67] Então, questionam: será que sempre somos obrigados a agir de modo beneficente?

Pois bem. Beauchamp e Childress iniciam o debate acerca do questionamento feito observando que os atos de beneficência desempenham um papel importante na vida moral, de maneira totalmente independente de um princípio obrigatório de beneficência. Vários atos beneficentes são moralmente louváveis (*v.g.*, a doação de um rim à pessoa estranha), porém não obrigatórios. Em semelhança, quase todos concordam em que a moralidade comum não contém um princípio de beneficência exigente de grandes sacrifícios e um extremado altruísmo na vida moral (*v.g.*, que uma pessoa doe seus dois rins para transplante). Apenas os ideais de beneficência incorporam uma generosidade tão extrema. Da mesma forma, a moralidade também não nos exige que beneficiemos as pessoas em toda e qualquer ocasião, ainda que estejamos em posição de fazê-lo (*v.g.*, a moralidade não exige que realizemos todos os atos possíveis de generosidade ou caridade que beneficiariam outras pessoas). Destarte, Beauchamp e Childress afirmam que, no comportamento beneficente, várias ocasiões são mais ideais que obrigatórias, e que, em se

65. "Nessa parábola, um homem que viajava de Jerusalém a Jericó foi espancado por ladrões que o deixaram 'semi-morto'. Depois de haverem passado por ele dois viajantes sem lhe oferecer ajuda, um Samaritano que o viu 'tomou-se de compaixão: aproximou-se, atou-lhe as feridas (...) conduzindo-o até uma hospedaria e cuidou dele'. Compadecendo-se e demonstrando piedade, o bom samaritano expressou uma atitude de preocupação com o homem ferido e cuidou dele. Tanto seus motivos quanto suas ações foram beneficentes. No entanto, a parábola sugere que a beneficência positiva é mais um ideal que uma obrigação, pois o ato do samaritano parece exceder a moralidade comum." Cf. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 283. Também fazendo referência à parábola bíblica, ver, FEINBERG, Joel. Op. cit., p. 1/189 (versão digital – ebook).

66. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 283.

67. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 283.

tratando da beneficência, fica difícil determinar a linha entre uma obrigação e um ideal moral.[68]

Para Beauchamp e Childress, muitas regras de beneficência obrigatória formam uma parte destacada da moralidade. Em face dos vários tipos de benefício, o princípio de beneficência positiva fundamenta uma série de regras morais mais específicas. Como exemplos de tais regras de beneficência, temos: 1) proteger e defender o direito dos outros; 2) evitar que outros sofram danos; 3) eliminar as condições que causarão danos a outros; 4) ajudar pessoas inaptas; 5) socorrer pessoas que estão em perigo.[69-70] Ademais, a beneficência pode ser ainda geral e específica. Assim, a beneficência específica "se direciona a indivíduos ou grupos específicos, tais como crianças, os amigos e os pacientes, enquanto a beneficência geral ultrapassa esses relacionamentos especiais, direcionando-se a todas as pessoas".[71]

Para limitar-se ao essencial, importante destacar – ainda que brevemente – os conflitos oriundos do paternalismo médico,[72] do princípio da beneficência e do princípio do respeito à autonomia.[73] Assim, podemos citar a doutrina de Beauchamp e Childress:

68. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 284.

69. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 284.

70. RODRÍGUEZ ARNAIZ, Graciliano González. Op. cit., p. 123; CHURCHILL, Larry R. Beneficience. *Encyclopedia of Bioethics*. 3rd edition. v. I, A-C. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011, p. 269.

71. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 285-286.

72. "Podemos caracterizar o paternalismo como a limitação direta ou indireta da liberdade de um indivíduo guiada pelo propósito de evitar-lhe um prejuízo – em cujo caso falamos de paternalismo negativo – ou procurar-lhe um benefício – o chamado paternalismo positivo –; o objetivo é, portanto, beneficente ou benevolente, mas pretende alcançar mediante uma imposição sobre a vontade do sujeito protegido. Expressado em termos de uso muito comum no campo da Bioética, o fenômeno paternalista apresenta o conflito entre os princípios de beneficência e de autonomia, de modo que debater sobre sua justificação supõe tratar de averiguar como conciliar o respeito pelas eleições livres dos outros com uma preocupação real por seu bem-estar, quando suas eleições são ou parecem autodestrutivas." Cf. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Op. cit., p. 64-65.

73. "Outra forma de ver as peculiaridades do jogo da autonomia em contextos clínicos é a de recordar os princípios que orientam a prática da medicina. Dentre os princípios básicos da Bioética... são dois que entram em jogo decisivamente neste contexto: o princípio da autonomia e o princípio do benefício (beneficência). O primeiro impõe o dever de se respeitar o direito de cada pessoa a decidir sobre os assuntos de sua vida e de sua saúde. O segundo, seria o que impusera às práticas médicas tanto no objetivo de não danar ao paciente desnecessariamente como o de procurar sua saúde(...) tais princípios

> Se o conteúdo da obrigação do médico de ser beneficente é definida exclusivamente pelas preferências do paciente, então, em vez da beneficência, trinfou o respeito à autonomia (...) a beneficência fornece a meta e o fundamento primordiais da medicina e da assistência à saúde, enquanto o respeito à autonomia (e a não-maleficência e a justiça) estabelece os limites morais das ações dos profissionais ao buscar essa meta.[74]

Como a beneficência se coloca na prática depende de como é possível conjugá-la com outros princípios, em especial o respeito à autonomia.[75] Diante disto, vale uma rápida abordagem acerca do paternalismo médico[76] e as situações que envolvem possibilidade de tratamento em se tratando do usuário de drogas e do dependente. Sendo duas situações distintas (usuário e dependente), caberá ao médico enfrentar o conflito entre a autonomia do paciente e as exigências de beneficência.[77] Para uma boa compreensão da problemática, propõe-se o seguinte exemplo sobre as situações acima expostas: um médico psiquiatra tem como pacientes um usuário de drogas e um dependente. O usuário conversa com o psiquiatra sobre seu uso de drogas e busca auxílio terapêutico para des-

---

podem entrar em conflito: o paciente, em uso do direito que se sustenta o princípio da autonomia, pode concluir que não deve submeter-se a um tratamento, enquanto que o médico, aplicando a beneficência, pode determinar que o paciente deveria submeter-se a esse tratamento. Se o paciente está suficientemente informado, e o tratamento médico está cientificamente fundado, então sucede que a regra que se deriva do princípio da autonomia, por mais que respeite o princípio de autonomia, é irracional desde o ponto de vista da prática médica. E, supondo que o tratamento que deriva da beneficência se administra sem contar com o consentimento do paciente, então o médico estaria atuando contra o princípio de respeito à autonomia, e portanto, contra a ética médica" Cf. SANMIGUEL, Francisco J. Laporta. Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía personal y decisiones médicas.* Cuestiones éticas y jurídicas. Madrid: Civitas, 2010, p. 22-23.

74. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 296-297.

75. CHURCHILL, Larry R. Op. cit., p. 271: "*Beneficence, unleavened by respect for autonomy, can lead to paternalism, while autonomy alone obviates trust and often deteriorates into indifference. Still the feasibility of trust depends upon shared values and goals, or at least stable role expectations between providers and patients*".

76. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 299-300. Ainda, "Nos debates sobre o paternalismo médico são centrais os problemas de como especificar os princípios, de que princípios seguir e em que condições e de como intervir nas decisões e nos assuntos desses pacientes nos casos em que a intervenção é permissível". Cf. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 298-300.

77. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 300.

continuar o uso. Sabendo da plena capacidade de discernimento e autonomia substancial do usuário, em prol de beneficiá-lo, lhe propõe tratamento para escolha: tratamento psiquiátrico ambulatorial medicamentoso e/ou psicoterápico. Explica-lhe e o informa sobre as condições e possibilidades de reabilitação sobre cada um dos tratamentos oferecidos. O usuário, no exercício de sua autonomia, prefere o tratamento psicoterápico, o que é, inclusive, o recomendado pelo psiquiatra em face dos prováveis benefícios ao usuário. Já quanto ao paciente dependente – que tem pouca probabilidade de tomar uma ação sensata[78] – que procura o amparo médico para se livrar do vício, o psiquiatra, ao analisar sua condição de ausência de autonomia em face da reduzida capacidade de discernimento, e buscando o melhor benefício ao dependente, ao invés de lhe propor as mesmas escolhas ofertadas ao usuário, lhe indica somente a internação, visto que, não sendo internado para tratar o vício, há grande possibilidade do dependente continuar no (ab)uso de drogas pela compulsividade inerente à dependência. Assim, diante das situações expostas, pode-se apontar que houve intervenção médico-paternalista apenas na situação que envolve o dependente, pois, ao omitir a informação sobre o tratamento terapêutico sem internação, o fez em benefício do mesmo, haja vista a ausência de autonomia (substancial) para a tomada de decisão do paciente dependente.[79-80]

Feitas essas anotações acerca do princípio da beneficência, passa-se ao estudo do princípio da não maleficência, que também poderia ter implicações (diretas e/ou indiretas) com os princípios acima referidos no que diz respeito ao usuário e ao dependente.

4.2. Princípio da não maleficência

O princípio da não maleficência determina uma obrigação de não infligir dano de modo intencional.[81] Beauchamp e Childress explicam que na ética médica, o referido princípio tem intrínseca relação com a máxima *Primum non nocere:* "acima de tudo (ou antes de tudo), não causar dano". Em que pese ser

78. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 300.

79. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 301.

80. Sobre a problemática do paternalismo médico envolvendo o uso de drogas (usuário e dependente): SZAZS, Thomas. *Nuestro derecho a las drogas*. Madrid: Anagrama, 1992, p. 185-190. Em se tratando da intervenção paternalista nos casos de forte dependência física ou psíquica de drogas (paternalismo débil justificado), TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Op. cit., p. 77-78.

81. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 209.

frequentemente invocada por profissionais no âmbito da saúde, suas origens são obscuras e suas implicações não são claras. Os autores esposam que tal princípio é muitas vezes proclamado como o principal na tradição hipocrática da ética médica, mas este não figura no *corpus* hipocrático, e uma sentença louvável por vezes confundida com essa máxima – "ao menos, não cause dano" –, em verdade, é uma tradução distorcida de uma isolada passagem na obra hipocrática.

Entretanto, no juramento de Hipócrates (*Hippocrates oath*) estão previstas uma obrigação de não maleficência e uma obrigação de beneficência: "Usarei o tratamento para ajudar o doente de acordo com minha habilidade e com meu julgamento, mas jamais o usarei para lesá-lo ou prejudicá-lo".[82]

Reconhecido por muitas teorias éticas, o princípio da não maleficência é vinculado à beneficência e formariam um único princípio, conforme aduzem certos filósofos. Willian Frankena trata o princípio da beneficência como decomponível em quatro obrigações gerais. Beauchamp e Childress tratam a primeira delas como a obrigação de não maleficência e as outras três como obrigações de beneficência: 1) não devemos infligir males ou danos (o que é nocivo); 2) devemos impedir que ocorram males ou danos; 3) devemos eliminar males ou danos; 4) devemos fazer ou promover o bem.[83]

Para Beauchamp e Childress, incluir a ideia de beneficiar os outros e a ideia de não os lesar num único princípio implica numa forçada distinção das várias obrigações referentes a este princípio geral. Mesmo que semelhantes, a não maleficência e a beneficência devem ser distinguidas uma da outra, pois que combiná-las em um único princípio obscurece relevantes distinções. Isto porque as obrigações de não prejudicar os outros (*v.g.*, aquelas que proíbem roubar, matar) distinguem-se das obrigações de ajudar os outros (*v.g.*, proporcionando benefícios, protegendo interesses e promovendo o bem-estar). "As obrigações de não prejudicar os outros são às vezes mais rigorosas que as obrigações de ajudá-los, mas as obrigações de beneficência também são, às vezes, mais rigorosas que as obrigações de não-maleficência".[84] Geralmente, as obrigações de não maleficência apresentam maior rigor do que as obrigações de beneficência; e, em alguns casos, a não maleficência suplanta a beneficência, mesmo que o resultado mais útil seja obtido agindo-se de forma beneficente. Havendo conflito, a não maleficência é comumente prioritária, porém o peso desses princípios morais – como se dá em todos os princípios morais – é variá-

82. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 209-210.

83. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 210.

84. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 211.

vel em cada caso, e, assim, "não pode haver uma regra *a priori* que determine que evitar danos é preferível a proporcionar benefícios".[85]

Destarte, e como destacado anteriormente (ver item 4.1), Beauchamp e Childress sugerem ser preferível distinguir os princípios da não maleficência e de beneficência conceitualmente, sem propor qualquer classificação normativa ou estrutura hierárquica. Assim, os autores distinguem as regras da não maleficência das de beneficência da seguinte maneira: não maleficência: 1) não devemos infligir mal ou dano; beneficência: 2) devemos impedir que ocorram males ou danos; 3) devemos sanar males ou danos; 4) devemos fazer ou promover o bem.[86]

No seguimento do que preconizam Beauchamp e Childress, a cada uma das três formas de beneficência requer-se que auxiliemos operando de modo ativo – evitando danos, sanando-os e promovendo o bem –, ao passo que a não maleficência exige tão somente que intencionalmente nos abstenhamos de executar ações causadoras de danos. "As regras da não-maleficência, portanto, assumem a forma 'Não faça X'".[87]

No que concerne ao conceito de prejuízo ou dano, o conceito de não maleficência é usualmente explicado pelo emprego dos termos "prejudicar" e "lesar".[88] Tendo em vista que algumas definições de "dano" são muito amplas (*v.g.*, comprometimento da reputação, da propriedade, da privacidade e da liberdade) ou muito restritas (considerando danos apenas comprometimentos de interesse físico e psicológico, como o interesse de ter saúde ou de sobreviver), Beauchamp e Childress se concentram em danos físicos (inclusa a dor, a deficiência e a morte, não negando a importância dos danos mentais e do comprometimento de outros interesses). Enfatizam, particularmente, em atos que tensionam, causam ou permitem a morte ou um risco de morte. Em virtude da existência de muitos tipos de danos, o princípio da não maleficência apresenta muitas regras morais mais específicas, *v.g.*: 1) não matar; 2) não causar dor ou sofrimento a outros; 3) não causar incapacitação a outros; 4) não causar ofensa aos outros;[89] 5) não despojar outros dos prazeres da vida. Em tais regras morais, tanto o princípio como suas especificações são *prima facie*, não absolutos.[90] Portanto, com base no

85. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 211.
86. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 212.
87. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 212.
88. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 213-214.
89. Ver, FEINBERG, Joel. Op. cit., 1984, p. 32-36. (versão digital – ebook).
90. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 214.

modelo da devida assistência,[91] as obrigações de não-maleficência "são obrigações de não prejudicar e de não impor riscos de dano".[92]

Em se tratando de situações que envolvam exposição a riscos, a lei e a moral reconhecem um modelo de devida assistência que determina o princípio da não maleficência.

Por fim, limitando-se ao necessário, o princípio da não maleficência pode restar violado, por exemplo, nas circunstâncias envolvendo tratamentos opcionais e obrigatórios.[93]

Os princípios da não maleficência e da beneficência "estabelecem uma pressuposição em favor do fornecimento de tratamento de suporte de vida para pacientes doentes e feridos, mas indicam também condições para rejeitar essa pressuposição".[94] Ainda, os tratamentos de suporte de vida em dadas circunstâncias violam os interesses do paciente (*v.g.*, a dor pode ser tão forte e as restrições físicas tão penosas que superam os supostos benefícios, como uma pequena prolongação da vida): "Nessas circunstâncias, fornecer o tratamento é às vezes desumano ou cruel, e, portanto, uma violação do princípio da não-maleficência",[95] sobretudo quando o tratamento medicamentoso seja desnecessário ao dependente, quando o mesmo tenha condições de decidir sobre o próprio tratamento.

5. LIMITES JURÍDICO-PENAIS DA AUTONOMIA

5.1. Paternalismo jurídico-penal

O paternalismo jurídico-penal é espécie de paternalismo jurídico, e este é espécie de paternalismo geral.[96] O paternalismo jurídico-penal é exercido por meio da coerção estatal, utilizando leis penais com o escopo de proibir deter-

91. Assim, os elementos essenciais no modelo profissional da devida assistência: 1) o profissional tem de possuir um dever para com a parte afetada; 2) o profissional tem de infringir esse dever; 3) a parte afetada tem de sofrer um dano; 4) o dano tem de haver sido causado pela falha no cumprimento do dever. Cf. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 215.

92. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 215.

93. Como categorias centrais de seus argumentos, Beauchamp e Childress anotam: I) obrigatório tratar (errado não tratar); II) opcional tratar: a) neutro (não exigido nem proibido); b) supererrogatório (ultrapassa a obrigação); III) obrigatório não tratar (errado tratar). Para os fins específicos deste trabalho, enfocaremos apenas situações envolvendo a categoria III. Na categoria III, os autores questionam se é sempre errado tratar (ou obrigatório não tratar). Cf. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 234-235.

minadas condutas. Só podem ser criminalizadas condutas que representam uma lesão ou um perigo de lesão a um bem jurídico penalmente relevante. Tais condutas são descritas nos tipos penais e a elas cominam-se penas, podendo ou não serem aplicadas, conforme o caso concreto:

> A cominação de penas demonstra a coerção do Estado, que faz uso do seu meio mais repressivo para impedir a prática de uma infração. Quando um comportamento é descrito como crime, o Estado quer interferir na escolha de alguém, mostrando que, caso opte pela conduta proibida, a pena cominada é a possível consequência dessa opção.[97]

Martinelli afirma que uma norma paternalista tem a finalidade de preservar a autonomia individual. Ou seja, deve dar ao sujeito as respectivas condições para decidir por seu próprio meio de vida e mantê-lo autônomo no futuro é uma função que legitima a intervenção na liberdade num Estado Democrático de Direito. Destarte, a preservação da autonomia é alcançada através da tutela dos bens jurídicos mais relevantes ao desenvolvimento humano, cuja ausência faz com que a pessoa perca o controle sobre si mesma e não poderá mais agir conforme sua vontade. "Portanto, a finalidade do paternalismo penal é manter o sujeito autônomo, exercendo a proteção sobre os bens jurídicos mais impor-

94. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 235.

95. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 235.

96. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 100: "(...) podemos definir paternalismo como a interferência na liberdade de escolha de uma pessoa, presumidamente incapaz, contra sua vontade, com o objetivo de promover-lhe um bem... um comportamento paternalista apresenta as seguintes características: a) um comportamento, positivo ou negativo, no sentido de informar ou obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo; b) falta de confiança de quem age em relação à capacidade de alguém; c) segurança suficiente sobre aquilo que se entende ser melhor a alguém; d) contrariedade à vontade de alguém; e) objetivo, final ou não, de promover um bem ou evitar um mal... tais características referem-se ao paternalismo em geral, que pode ser praticado por qualquer pessoa ou entidade, sem um meio específico, entendendo-se por alguém a pessoa que sofre a restrição em sua liberdade." Ver, ainda, FEINBERG, Joel. Op. cit., p. 32 e ss. (versão digital – ebook); DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: [http://www.seop.leeds.ac.uk/entries/paternalism]. Acesso em: 10 fev. 2016; DWORKIN, Gerald. Moral paternalism. *Law and Philosophy*. v. Holanda: Springer, 2005, v. 24, p. 305-319; VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 67, p. 11-28, jul.-ago. 2007.

97. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 99.

tantes para evitar lesões ou perigos de lesão graves".[98] Cabe ao Direito Penal a garantia do exercício da autonomia do sujeito por meio da autodeterminação sobre seus bens jurídicos.[99]

Vale lembrar, como destaca Martinelli, que a autonomia não é um bem jurídico, mas, sim, uma propriedade do ser humano pela qual o sujeito desfruta de determinado bem. "O sujeito autônomo faz o que bem deseja com o bem jurídico de que seja titular desde que não atinja a autonomia de terceiros na disposição de seus bens".[100] Destarte, considera-se a autonomia como um atributo da pessoa que permite a supressão de bens jurídicos de modo voluntário, tornando alguns bens indisponíveis porque a supressão destes obsta o exercício máximo da liberdade.[101]

Por meio da lei penal o Estado proíbe determinadas condutas individuais. Apesar da lei ser genérica, a preocupação está localizada no ato individual. O direito penal impede um comportamento lesivo atual para preservar a autonomia futura. Portanto, uma proibição criminal intervém na autonomia atual, no caso concreto, para garantir a autonomia pessoal, do indivíduo preparado, no futuro, para agir conforme sua vontade. A liberdade negativa (ausência de restrições) é prejudicada momentaneamente com a finalidade de permitir a liberdade positiva (desejos e habilidades de autogoverno).[102]

Assim, pode o Direito Penal intervir na proteção da autonomia sobre os bens jurídicos mais relevantes em casos envolvendo autolesão ou heterolesão consentida, sendo que o espaço de atuação da lei penal, em tais casos, é menor que a repressão às heterolesões não consentidas. O princípio da autolesão permite a intervenção paternalista nos casos que não há autonomia ou quando ela estiver ameaçada.[103]

---

98. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 235.
99. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 235.
100. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 236.
101. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 237.
102. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 237.
103. "O direito penal pode legitimar o paternalismo moderado sempre e, excepcionalmente, o paternalismo rígido. Será legítimo o paternalismo rígido quando a conduta atingir bem jurídico indisponível, ou seja, quando a lesão ou o perigo ao bem prejudicar o exercício da autonomia. O que não se legitima, em hipótese alguma, é o paternalismo com a finalidade de impor um padrão de moral quando não houver lesão ou ofensa relevante a um bem necessário ao desempenho da autonomia (moralismo legal ou, mais precisamente, moralismo jurídico-penal)." Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsi-

Portanto, para não se ultrapassar a barreira do necessário, em se tratando do usuário (juridicamente capaz) e uso de drogas, ainda que se fundamente a proibição do uso de drogas sob argumentação paternalista,[104] não se pode concordar com a mesma, pois que o usuário, ao usar a droga, o faz em face de sua autonomia enquanto indivíduo, devendo ser respeitado como sujeito autônomo, livre, pois, para tomar a decisão: usar ou não a droga.

5.2. Proteção da saúde pública

Para dar início ao estudo do presente item, ainda que muito brevemente, deve-se apontar a concepção acerca de bem jurídico. Destarte, bem jurídico-penal se apresenta como a pedra angular do Direito Penal, pois entendido como "manifestação de um interesse ou valor pessoal ou comunitário ou ainda como interesse ou valor cristalizado para manutenção de uma realidade comunitariamente relevante."[105-106] Conforme ensina a doutrina, os bens jurídicos podem ser individuais ou supraindividuais (em suas três modalidades: institucionais, difusos e coletivos).[107] Os bens jurídicos individuais (*p.ex.*, vida, patrimônio, integridade física etc.) têm como titular o próprio indivíduo, o particular que os controla e deles dispõe; quanto aos bens jurídicos supraindividuais (saúde pública, administração da justiça etc.), são titulares a coletividade e o Estado,

ni. Op. cit., 2010, p. 245. Ainda, tratando do paternalismo moral: "O paternalismo moral se encontra em estreita relação com os conceitos de moralismo e perfeccionismo (...) o paternalismo moral vai efetivamente destinado a evitar um dano – moral – ao sujeito; existe, portanto, o propósito benevolente próprio do conceito mesmo de paternalismo. Isto o diferencia do puro moralismo, que não se encontra presidido pela ideia de evitar um dano para o indivíduo, simplesmente expressa um princípio mediante o qual se pretende legitimar uma proteção de uma determinada moral social positiva em si mesma, o que poderia lograr-se através da proibição das condutas consideradas 'intrinsicamente imorais' ainda que não suponham dano algum para terceiros nem para o sujeito que as realiza." Cf. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Op. cit., p. 67-68.

104. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 258.

105. FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal. (Fragmenta iuris poenalis)*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 169.

106. Neste teor, vale o registro de Sporleder de Souza: "Bem jurídico ou objeto jurídico do crime é, portanto, o objeto ideal que se incorpora no concreto objeto material do crime (ou objeto da ação)". Cf. SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana.* Contributo para compreensão dos bens jurídicos supraindividuais. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 308.

107. SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Op. cit., 2004, p. 299.

p. ex.[108] Ainda, os bens jurídicos podem ser diferenciados em bens jurídicos pessoais e não pessoais (ou impessoais).[109] Assim, vale ainda explicitar que os bens jurídicos podem ser disponíveis ou indisponíveis.[110] Em se tratando a saúde pública o objeto de proteção jurídico-normativo do ilícito-típico do art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006, vale referir que o titular imediato, portanto, é a coletividade, "que se traduz titular por excelência de bens jurídicos supraindividuais coletivos como a saúde pública".[111]

Registrada esta preliminar, porém imprescindível, abordagem, cabe analisar os pontos divergentes (e convergentes) que se relacionam com a problemática proteção da saúde pública dentro do contexto do art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006. Diante disto, levantam-se os seguintes questionamentos: o tipo penal em apreço (uso de drogas) protege – legitimamente – a saúde pública ou a saúde individual? A autocolocação em perigo não seria um direito fundamental, sendo a autolesão impunível por afetar tão-somente a saúde do consumidor (de droga), dentro da esfera de sua liberdade individual? Seria uma forma justificada de paternalismo jurídico-penal a interferência na liberdade do indivíduo a fim de protegê-lo de autolesões em prol de seu benefício? O ilícito-típico do art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006, uma vez considerado como crime de perigo abstrato de caráter absolutamente presumido, não estaria a violar o princípio da ofensividade? É possível a aplicação do princípio da insignificância? Trata-se de um dispositivo penal de constitucionalidade questionável (ou inconstitucional)? Serão essas as questões que serão agora analisadas, dentro do espaço aqui permitido.

Sendo assim, passa-se à primeira indagação, ou seja, à proteção da saúde pública ou individual. Há posições doutrinárias sobre ambas as situações: 1)

---

108. Sobre bens jurídico-penais individuais e supraindividuais, ver, SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Op. cit., 2004, p. 314-315. Ver, ainda, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte geral – arts. 1º a 120. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, v. 1, p. 313-322.

109. Acerca dos bens jurídico-penais pessoais e não pessoais (impessoais), SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Op. cit., 2004, p. 315-318.

110. "(...) os bens indisponíveis, assim, são aqueles que, se violados, poderão gerar a imediata perda da autonomia individual..." Já no que tange aos bens jurídicos disponíveis, "são aqueles que o seu titular pode abrir mão. Não há presunção absoluta de necessidade do bem para preservar a autonomia do cidadão e, portanto, havendo capacidade de discernimento, nada pode fazer o Estado para preservá-lo. Sendo o bem disponível e seu titular capaz de decidir, prevalece a autonomia individual". Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 248-252.

111. SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Op. cit., 2004, p. 301.

trata-se de legítima interferência na liberdade do usuário, pois que o objetivo do legislador seria a proteção da coletividade através da saúde pública;[112] 2) trata-se de ilegítima a proteção da saúde pública em face do uso de drogas para consumo próprio, pois que referente a uma autolesão, logo, um prejuízo à saúde individual, e não à pública.[113-114]

112. Assim, por exemplo, "A deterioração causada pela droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social". Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos:* prevenção e repressão: comentários à Lei 6368, de 21 de outubro de 1976. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83. Ou, ainda, que a objetividade jurídica dos delitos descritos na lei de drogas "é a saúde pública, ou seja, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psicológica." Cf. SILVA, César Mariano da. *Lei de drogas comentada.* São Paulo: Atlas, 2011, p. 22. E também, que "o mero consumo, além de trazer danos ao consumidor traz, no mínimo, perigo de dano à sociedade num todo, como em seu convívio social, profissional, familiar, etc.". Cf. COSTA, Fernando José da. Op. cit., p. 88.

113. Ainda que se reconheça a proteção da saúde pública como sendo o objeto de proteção jurídico-penal do art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006, entende-se a mesma como uma forma ilegítima de proteção, *i.e.*, a saúde pública é o bem jurídico tutelado pelo dispositivo normativo, "contudo, o uso afeta a saúde individual e não a pública. A incolumidade pública fica sossegada com o uso individual. Se não há lesão ao bem jurídico tutelado, não há crime". Cf. BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Op. cit., p. 42. Também, que com o argumento legitimador quer-se proteger a saúde pública, evitando a cumulação de pessoas atingidas pela droga e o consequente colapso do sistema de saúde, porém tal argumento não se mostra convincente por dois motivos: 1) o caos na saúde pública pelo uso generalizado da droga é uma suposição não comprovada; 2) mesmo que a saúde pública atinja um estado crítico, o resultado é remoto em relação ao uso individual. Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 258. Também, que a punibilidade da posse de drogas venha proteger os bens jurídicos, ante todos a saúde, dos outros consumidores, que poderia se ver prejudicada pelo próprio consumo: "Este objeto de proteção penal é ilegítimo, tanto penalmente como desde um ponto de vista constitucional". Cf. NESTLER, Cornellius. La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego e sustancias estupefacientes. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org). *La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Comares, 2000, p. 74-75. Também, vale o registro do que expõe Roxin: "(...) a jurisprudência e o legislador alemães postulam como bem jurídico protegido, o qual deve legitimar a penalização de qualquer trato com drogas, a 'saúde pública'. Como o 'público' não possui um corpo real, não é possível que algo como a 'saúde pública', no sentido estrito da palavra, exista. Não se pode, porém, fundamentar uma proibição penal na proteção de um bem jurídico fictício. Na verdade, só se pode estar falando da saúde de vários indivíduos membros do povo. Estes só podem, entretanto, ser protegidos respeitando o princípio de que a auto-colocação em perigo são impuníveis, como já foi exposto. Não é possível, assim,

Dito isto, passa-se à questão acerca do uso de drogas como uma autocolocação em perigo, considerando-se a autolesão com respaldo constitucional enquanto direito fundamental à liberdade. Veja-se. Nestler aduz que o consumo de drogas, como qualquer outra atividade de autocolocação em perigo, constitui uma forma de exercício da liberdade protegida enquanto direito fundamental. Baseado em jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Nestler afirma que a posição majoritária se dá no sentido de reconhecer a existência de um direito fundamental à autocolocação em perigo. As medidas coativas de duração prolongada (assim é a pena), como forma de proteção dos homens contra si mesmos, somente são legítimas lá onde falta a capacidade para um exercício responsável da liberdade enquanto direito fundamental.[115-116]

Pois bem. O uso de drogas é uma autolesão que afeta apenas o usuário.[117-118] Destarte, o caminho que nos parece mais viável é compreender que o uso de

---

deduzir da proteção da 'saúde pública' um fundamento adicional de punição." Cf. ROXIN, Claus. Op. cit., 2012, p. 50-51. Ainda, sob uma perspectiva crítica, entendendo se tratar a saúde pública de um bem jurídico-penal "falso", consultar, CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas:* uma aproximação crítica. Disponível em: [https://www.academia.edu/24713473/Falsos_Bens_Jurídicos_e_Política_Criminal_de_Drogas_Uma_Aproximação_Crítica_2015_]. Acesso em: 25 jun. 2016.

114. Assim também: CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 262-263; LOBO DA COSTA, Helena Regina. Análise das finalidades da pena nos crimes de tóxico – uma abordagem da criminalização do uso de entorpecentes à luz da prevenção geral positiva. In: REALE JR., Miguel. *Drogas:* aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110; REGHELIN, Elisangela Melo. Op. cit., p. 170-172; HARTMANN, Arlete. Op. cit., p. 110; THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. Op. cit., p. 32-37; GOMES, Luiz Flávio *et al.* Op. cit., p. 160 e ss.

115. NESTLER, Cornellius. Op. cit., p. 74-77; ROXIN, Claus. Op. cit., 2012, p. 45-46.

116. Acerca da autocolocação em perigo e autolesão como direito fundamental à liberdade de ação, FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado.* Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 169-176; KARAM, Maria Lúcia. Op. cit., p. 28-29; BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Op. cit., p. 41-42; THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. Op. cit., p. 36-54; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo na lei de drogas.* Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/15-ARTIGO]. Acesso em: 16 fev. 2016; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 260-261; HARTMANN, Arlete. Op. cit., p. 137-138.

117. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 258.

118. Assim também: NESTLER, Cornellius. Op. cit., p. 74 e ss.; ROXIN, Claus. Op. cit., 2012, p. 44-46.

drogas implica exercício da autonomia do indivíduo.[119] Assim, não se mostra aceitável qualquer forma de paternalismo jurídico-penal à proteção do sujeito de autolesões consentidas se isto implicar impedimento ao exercício da autonomia. Afinal, o usuário eventual, que não sofre de dependência, tem noção e sabe o que é melhor a si mesmo e pode prosseguir na sua autonomia para usar a droga.[120]

No que tange à configuração do ilícito-típico do art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006, como crime de perigo abstrato de caráter absolutamente presumido, estar-se-ia a violar o princípio da ofensividade justamente pela presunção absoluta do perigo. Explica-se: a doutrina entende ser o ilícito-típico do art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006, um crime de perigo abstrato, de perigo presumido.[121] Ora, diante da nossa pré-compreensão acerca da ofensividade, bem como do ilícito-típico, nos filiamos à leitura da mesma como uma "perversão da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo",[122] e por isso não podemos concordar com a presunção atribuída através desta configuração de crime de perigo abstrato. Entendemos que os crimes de perigo abstrato são representados não por uma lesão ou um pôr em perigo do bem jurídico-penal, mas sim revelados na ofensa de cuidado de perigo. Assim, em se tratando o ilícito-típico do art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006, de crime de perigo abstrato, a ofensa de cuidado de perigo deve ser acertada à luz da ofensividade no caso concreto. Isto porque o princípio da ofensividade atua em dois planos: 1) orientação ao legislador penal sobre quais condutas são dignas da tutela penal; 2) cânone hermenêutico a auxiliar o intérprete na aplicação normativa.[123-124] Uma vez que a conduta de usar a droga se trata de uma autolesão, diante do caso concreto, o magistrado

119. NESTLER, Cornellius. Op. cit., p. 74 e ss.; ROXIN, Claus. Op. cit., 2012, p. 44-46.

120. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2010, p. 259.

121. Quanto às críticas referentes ao caráter presumido em se tratando de perigo abstrato, ver: REGHELIN, Elisangela Melo. Op. cit., p. 173; PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 307; MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., 2009, p. 16; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte geral 1*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61-62; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 405; GOMES, Luiz Flávio *et al.* Op. cit., p. 145; THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. Op. cit., p. 58.

122. FARIA COSTA, José de. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 622; D'AVILA, Fabio Roberto de. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*. Contributo para o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 106.

123. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., 2005, p. 171-173. Ainda, ver por todos: BRICOLA, Franco. *Scritti di Diritto Penale. Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio, tomo 2*. Milano: Giuffrè, 1997, v. 1; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione,*

poderá considerar atípica a conduta descrita no art. 28, *caput*, Lei 11.343, se utilizar os critérios de acertamento da ofensividade. Note-se que com a adoção de tal posição se permite reconhecer a atipicidade da conduta em inúmeros casos em que o usuário de drogas seja flagrado com quantidade ínfima para seu consumo próprio.

Questão intrinsicamente vinculada à situação acima exposta se dá quanto à (im)possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para afastamento da tipicidade material em se tratando do ilícito-típico do art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006. Conforme o princípio da insignificância,[125] devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. Assim, a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de sanção criminal, merecendo exclusão a tipicidade da conduta naqueles casos de pouca importância ou quando afete infimamente a um bem

---

struttura e sistematica. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, v. 1; ANTOLISEI, F. *Manuali di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2001.

124. Destarte, em se tratando do acertamento da ofensividade no caso concreto envolvendo o art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006, o magistrado deverá verificar *in casu* se a conduta concreta efetivamente causou uma possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico, representada pela interferência na esfera de manifestação do bem jurídico-penal. Por exemplo: o usuário é flagrado consumindo droga e o caso é levado à justiça. No caso concreto, o magistrado deverá verificar se tal conduta – efetivamente – tenha causado uma intolerável interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, no caso, a saúde pública. Cf. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., 2005, p. 173.

125. Importante anotar que o princípio da insignificância se relaciona com o adágio latino *minima non cura praeter*, e tem como seu formulador originário Roxin, em 1964 (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47). Para Roxin, o princípio da insignificância se dá como "*una máxima de interpretación* típica", defendendo o exame de cada caso concreto "*mediante una interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido. Dicho procedimiento es preferible a la invocación indiferenciada a la adecuación social de esas acciones, pues evita el peligro de tomar decisiones siguiendo el mero sentimiento jurídico o incluso de declarar atípicos abusos generalmente extendidos. Además, sólo una interpretación estrictamente referida al bien jurídico y que atienda al respectivo tipo (clase) de injusto deja claro por qué una parte de las acciones insignificantes son atípicas y a menudo están excluidas por el propio tenor legal, pero en cambio otra parte, como v.gr. los hurtos bagatela, encajan indudablemente en el tipo: la propiedad y la posesión también se ven ya vulneradas por el hurto de objetos insignificantes; mientras que en otros casos el bien jurídico sólo es menoscabado si se da una cierta intensidad de la afectación*". Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delicto. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 296-297.

jurídico-penal.[126] Uma vez lançadas as linhas mestras do princípio da insignificância (lesão ínfima ou irrelevante afetação do bem jurídico-penal), coube à jurisprudência fixar os seus vetores de aplicação, quais sejam: a) que a conduta seja minimamente ofensiva; b) que o grau de reprovabilidade seja ínfimo; c) que a lesão jurídica seja inexpressiva e, ainda; d) que esteja presente a ausência de periculosidade do agente.[127]

Destarte, em que pese a ampla aceitação do princípio da insignificância pela doutrina,[128] o mesmo encontra resistência majoritária por parte da jurisprudência nacional em se tratando do ilícito-típico do art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006: ora sob o argumento da inaplicabilidade do aludido princípio em face de tratar-se de crime de perigo abstrato (de caráter absolutamente presumido);[129] ora sob a alegação de que a posse ínfima de droga é inerente ao tipo do art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006.[130] São raros os julgados que entendem pela plena aplicação do princípio da insignificância em se tratando da posse de drogas para consumo próprio,[131] o que acaba por demonstrar uma certa

126. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 182-183; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 60-61.

127. STF, 1ª Turma, ARE 728688 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.2013, *DJe* 07.10.2013.

128. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 182-183; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 60-61; GOMES, Luiz Flávio *et al.* Op. cit., p. 166-167; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 416-417; HARTMANN, Arlete. Op. cit., p. 141 e ss.; BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Op. cit., p. 45; THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. Op. cit., p. 58; TOZZI COELHO, Gustavo. Op. cit., p. 449-455; ZAFFARONI, E. Raúl *et al. Direito Penal Brasileiro* – II, I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 228-229.

129. STJ, 6ª Turma, RHC 35.072/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.11.2014, DJe 03.12.2014. No mesmo sentido, STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1536671/RS, Rel. Min. Ericson Maranho, j. 25.08.2015, *DJe* 15.09.2015. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, colaciona-se, STF, 1ª Turma, HC 102940, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15.02.2011, *DJe* 06.04.2011.

130. TJRS, 8ª Câmara Criminal, Apelação Crime 70061885513, Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 09.03.2016; no mesmo sentido, TJRS, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Recurso Crime 71005669296, Rel. Sergio Fernando Tweedie Spadoni, j. 07.03.2016; TJRS, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Recurso Crime 71005858022, Rel. Luis Gustavo Zanella Piccinin, j. 07.03.2016; TJMT, Turma Recursal Única, AC 671/2013, Rel. Hildebrando da Costa Marques, j. 10.12.2013, *DJe* 19.12.2013; TJMT, Turma Recursal Única, AC 644/2013, Rel. Lucia Peruffo, j. 12.11.2013, *DJe* 29.11.2013.

131. STF, 2ª Turma, HC 94583, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator para acórdão: Min. Cezar Peluso, j. 24.06.2008, *DJe* 15.08.2008. Neste sentido, citam-se, TJPR, 1ª Turma Recursal, Turmas Recursais, Recurso de Apelação 0005340-75.2014.8.16.0045/0, Rel.

resistência jurisprudencial no que tange ao enfrentamento da matéria (uso de drogas para consumo próprio).

Por fim, ainda que brevemente em face do espaço aqui delimitado, importa analisar a questão da (in)constitucionalidade do disposto no art. 28, *caput*, Lei 11.343/2006. Assim, sob a argumentação decorrente do princípio da ofensividade e da autonomia individual, os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5.º, X, da CF/1988) permitem questionar a inconstitucionalidade do aludido dispositivo.

Carvalho aponta que a ofensa ao princípio da igualdade residiria no momento em que é estabelecida distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não penal (drogas lícitas) para os usuários de substâncias distintas, sendo que ambas têm potencialidade à determinação de dependência física ou psíquica, tornando, portanto, a opção criminalizadora essencialmente moral. Destarte, a tese da inconstitucionalidade é ainda mais questionável ao se tratar dos princípios de tutela da intimidade e vida privada, onde recebe maior relevância, posto que nenhuma norma penal criminalizadora se mostra legítima ao intervir nas escolhas pessoais ou se impuser padrões comportamentais que reforcem concepções morais.[132]

5.2. *(In)capacidade jurídico-penal e o dependente*

Antes de analisar a questão acerca da (in)capacidade jurídico-penal, imperioso apontar que a culpabilidade "é o *fundamento* e *limite da pena*, cumprindo sua função garantista de limite do *ius puniendi* estatal, e sendo a pena concebida como retribuição da culpabilidade".[133] Os elementos integrantes da culpabilidade são: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa.[134]

James Hamilton de Oliveira Macedo, j. 28.09.2015, *DJe* 02.10.2015; TJPR, 1ª Turma Recursal, Turmas Recursais, Recurso de Apelação 0003160-68.2013.8.16.0030, Rel. Fernando Swain Ganem, j. 28.09.2015, *DJe* 02.10.2015.

132. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 409-410. Ainda invocando a inconstitucionalidade do art. 28, Lei 11.343/2006: BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Op. cit., p. 42; HARTMANN, Arlete. Op. cit., p. 144-145; KARAM, Maria Lúcia. Op. cit., 132.

133. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 459 (*itálico do autor*); PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 478.

134. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 478-490; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 459: "os elementos que integram a culpabilidade, segundo a teoria normativa pura

Sobre a (in)capacidade jurídico-penal, o art. 26 do CP dispõe acerca dos inimputáveis.[135] Contudo, o dispositivo aplicável aos casos de inimputabilidade pela dependência de drogas,[136] em face do princípio da especialidade, é o art. 45, Lei 11.343/2006, que dispõe:

> É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Como se pode facilmente perceber, o dependente de drogas (ilícitas) tem sua capacidade reduzida e, em se tratando da dependência da droga, aplica-se o aludido dispositivo (em face do princípio da especialidade). Isto porque, nos moldes da legislação, o caso é tratado como uma espécie de enfermidade mental.[137] Neste sentido, Arruda afere que o agente sofre de verdadeira doença – a dependência de drogas – que o impede de compreender o caráter ilícito da ação que pratica. Em face de sua dependência, consome substância entorpecente de forma contumaz e no momento da ação (ou omissão) se encontrava

---

da culpabilidade (a concepção finalista), são: a) *imputabilidade;* b) *possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato;* c) *exigibilidade de obediência ao Direito". (itálico do autor)*; BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Op. cit., p. 114; GOMES, Luiz Flávio *et al.* Op. cit., p. 254.

135. Art. 26, Código Penal Brasileiro: "É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

136. REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal.* Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1 p. 211.

137. "Outra hipótese de inimputabilidade decorre do agente, tendo consciência do caráter criminoso deixar de possuir, todavia, capacidade de determinar-se de acordo com este entendimento. Esta hipótese de ausência de condições de se autodeterminar configura-se na situação do dependente de drogas, que pela legislação especial pode ter reconhecida sua inimputabilidade quando em razão da dependência, malgrado tenha consciência do significado do fato, falta-lhe capacidade, no momento, para agir em consonância com esse entendimento". Cf. REALE JR., Miguel. Op. cit., p. 211. Em sentido semelhante, no que tange à legislação italiana, MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale.* Milano: Cedam, 2002, p. 318-319.

sob o efeito das drogas e/ou sem condições de compreender o caráter ilícito da infração. Para tanto, Arruda esclarece que não se aplica aos casos de consumo eventual ou mesmo de entorpecimento habitual, pois é necessário que haja uma comprovação induvidosa da ocorrência da dependência patológica.[138]

Tal situação expressa pela Lei de Drogas é semelhante às circunstâncias em que se reconhece a inimputabilidade por doença mental, nos termos do art. 26, *caput*, do CP. A regra prevista no aludido dispositivo da Lei de Drogas aplica-se a todas as infrações penais e, reconhecida a inimputabilidade do agente, deverá o juiz proferir sentença absolutória (aqui, absolvição imprópria, como refere a doutrina), podendo determinar que o agente se submeta a tratamento médico adequado, o que confere à medida um caráter de medida de segurança. Contudo, a lei não estipula com rigidez a forma como se daria este tratamento, em face da complicada redação do parágrafo único do art. 45, Lei 11.343/2006:

> Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

O dispositivo retro mencionado, de fato, impõe complicações na sua aplicação. Como bem apontam Bizzotto e Rodrigues, se não houver condições de tratamento o juiz fica de "mãos atadas" e o absolvido não pode ser prejudicado, não podendo lhe ser aplicada qualquer medida restritiva de liberdade. "Na impossibilidade fática de propiciar o tratamento, o absolvido acaba por não receber qualquer cuidado".[139]

Também o art. 46, Lei 11.343/2006 dispõe acerca da inimputabilidade relativa (semi-imputabilidade):

> As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nessas circunstâncias, como refere Quintas, o tratamento do dependente de drogas é necessariamente coercivo, porém não deve assumir o caráter compulsório. Isto porque o tratamento é sempre uma opção, mesmo que condicionada pela situação legal. Ainda, afere que as modalidades de tratamento do dependen-

138. ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit., p. 112-113.

139. BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Op. cit., p. 115.

te de drogas são múltiplas e que a internação, especificamente em comunidades terapêuticas, é somente uma das possibilidades "que exigirá o mais estrito respeito pelos direitos dos internados, incluindo o de interromper o tratamento".[140]

Vale dizer, no que tange ao dependente, que as políticas mais efetivas (para tratamento) são as de redução de danos (baseadas nos modelos instituídos internacionalmente, principalmente na Europa), que se perfazem pela adoção de estratégias de prevenção e tratamento em vez de tratamentos repressivos. A premissa fundamental de tais políticas parte do pressuposto da aceitação do uso de drogas como um dado inerente às sociedades contemporâneas cujas consequências nefastas precisam ser reduzidas, não importando considerar a conduta boa ou má.[141] Neste sentido, os projetos de redução de danos apontam como requisito à intervenção o reconhecimento do envolvido com drogas, seja usuário, seja dependente, como sujeito com capacidade de diálogo, *i.e.*,

> (...) dotado dos atributos da fala e da escuta. Abrem, pois, espaço para novas formas de ação cujo objetivo principal é o de minimizar os efeitos danosos gerados pelo (ab)uso das drogas, abdicando de qualquer intenção moralizadora decorrente do ideal de abstinência.[142]

Estamos diante do que já fora destacado no início deste trabalho: a diferença entre o usuário e o dependente. Ao usuário, agente autônomo, lhe é dada a escolha de consumir a droga pela sua capacidade de discernimento e porque só ele sabe o que lhe é melhor. Já ao dependente de drogas, em face da ausência de discernimento e autodeterminação, é pessoa doente e que precisa de auxílio médico, da família e dos amigos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo procurou-se apresentar a complexidade que envolve a relação uso de drogas e usuário, a partir da análise da sua autonomia e os eventuais limites bioéticos e jurídico-penais implicados. Assim, uma vez que se

140. QUINTAS, Jorge. Os tratamentos coercivos dos dependentes de drogas em confronto com a internação compulsória. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, n. 261, p. 2-4, ago.2014. Ver, também: ANJOS, Fernando Vernice dos. Drogas, redução de danos e imputação objetiva. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 268. p. 9-10, mar. 2015.

141. LOBO DA COSTA, Helena Regina. Op. cit., p. 114. Também sobre redução de danos, ver: REGHELIN, Elisangela Melo. Op. cit., p. 75-97; ANJOS, Fernando Vernice dos. Op. cit., p. 9-10; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 441 e ss.

142. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 444.

distinguem o usuário e o dependente de drogas, tem-se duas situações diversas ao verificar os requisitos à autonomia referente a ambos. O usuário, enquanto sujeito autônomo, com discernimento e autodeterminação, deve ser respeitado enquanto indivíduo livre para escolher seu plano de vida e desejos. Assim, não deveria o Estado, através de uma intervenção paternalista jurídico-penal, se voltar contra a vontade do usuário, que ao usar a droga incide em autolesão, não oferecendo perigos a outrem que não a si mesmo. Portanto, cabe ao Direito Penal a garantia do exercício da autonomia do sujeito por meio da autodeterminação sobre seus bens jurídicos.

Já no que tange ao caso do dependente de drogas, entende-se que o mesmo mereça especial atenção, uma vez que tem sua autonomia reduzida em face da sua diminuta capacidade de discernimento e autodeterminação. É de se reconhecer que o dependente é pessoa doente e que precisa de apoio médico, familiar, dos amigos e também do Estado, sempre fora da esfera do Direito Penal, mesmo que prevista medida de segurança neste caso.

Destarte, pode-se reproduzir o que fora exposto já no início: o indivíduo autônomo age livremente conforme um plano escolhido propriamente, da mesma forma como um governo independente administra seu território, definindo suas políticas. Em contrapartida, uma pessoa com a autonomia reduzida é, ao menos de alguma forma, controlada por outros ou incapaz de deliberar ou agir baseada nos seus desejos e planos.

Ao analisar-se o princípio de respeito à autonomia, o mesmo fora cotejado com os princípios da beneficência e da não maleficência, princípios bioéticos que poderiam limitar o princípio de respeito à autonomia em alguns casos. Ainda, ao abordarem-se as limitações jurídico-penais do respeito à autonomia, elencou-se a problemática envolvendo o paternalismo jurídico-penal, a proteção da saúde pública, bem como das situações de incapacidade jurídico-penal, principalmente quando se trata de dependente de drogas, quando a situação se demonstra bem mais complexa do que em relação ao usuário de drogas. Pretendeu-se assim contribuir para o relevante debate sobre a problemática envolvendo o uso de drogas sob o viés interdisciplinar, pautado em referenciais do direito penal e da bioética.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. DSM-5*. Trad. Maria Inês Corrêa Nascimento et al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Drogas, redução de danos e imputação objetiva. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 23, n. 268. p. 9-10, mar. 2015.

ANTOLISEI, F. *Manuali di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2001.

ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas*. Aspectos penais e processuais penais (Lei 11.343/2006). São Paulo: Método, 2007.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de Drogas:* comentários à Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. Principio de autonomia. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Diretor). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. t. I, a-h. Granada: Comares, 2011.

BRASIL, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 23 de agosto de 2006.

BRICOLA, Franco. *Scritti di Diritto Penale, Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio, t.* 2. Milano: Giuffrè, 1997, v. 1.

CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias. Aspectos médico-forenses na determinação da condição mental do dependente químico. In: REALE JR., Miguel. *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica*. Disponível em: [www.academia.edu/24713473/Falsos_Bens_Jurídicos_e_Política_Criminal_de_Drogas_Uma_Aproximação_Crítica_2015_]. Acesso em 25 jun. 2016.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASADO, María (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios. Análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Trad. Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: Edipucrs, 2013.

CHURCHILL, Larry R. Beneficience. *Encyclopedia of Bioethics*. 3rd edition. v. I, A-C. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011.

COSTA, Fernando José da. Descriminalização do porte e do uso de substância ilícita. In: REALE JR., Miguel. *Drogas:* aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto de. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*. Contributo para o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. New York: Cambridge University Press, 1988.

_____. Paternalism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: [www.seop.leeds.ac.uk/entries/paternalism]. Acesso em: 10 fev. 2016;

_____. Moral paternalism. *Law and Philosophy*. Holanda: Springer, 2005, v. 24.

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal*. (Fragmenta iuris poenalis). 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

_____. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford, 1984. (versão digital – ebook).

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GOMES, Luiz Flávio *et al*. *Lei de drogas comentada artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre a inidoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas. In: REALE JR., Miguel. *Drogas:* aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos:* prevenção e repressão: comentários à Lei 6368, de 21 de outubro de 1976. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

HARTMANN, Arlete. *Uso de drogas: crime ou exercício de um direito?* Porto Alegre: Síntese, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

KARAM, Maria Lucia. *Proibições, riscos, danos e enganos:* as drogas tornadas ilícitas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 3.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. Análise das finalidades da pena nos crimes de tóxico – uma abordagem da criminalização do uso de entorpecentes à luz da prevenção geral positiva. In: REALE JR., Miguel. *Drogas:* aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Milano: Cedam, 2002.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale. Le norme penali:* fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, v. 1.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. São Paulo: USP, 2010. Disponível em: [www.teses.usp.br]. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. *Paternalismo na lei de drogas*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/15-ARTIGO]. Acesso em: 16 fev. 2016.

MILLER, Bruce L. Autonomy. *Encyclopedia of Bioethics*. 3rd edition. v. I, A-C. Detroit: Gale Cengage Learning, 2011.

NESTLER, Cornellius. La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego e sustancias estupefacientes. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas*. Disponível em: [www.who.int/substance abuse/publications/en/NeuroscienceP.pdf]. Acesso em: 07 abr. 2016.

PEREIRA, Vicente de Brito. *Ensaios sobre a embriaguez*. Rio de Janeiro: Record, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte geral – arts. 1º a 120. 12 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, v. 1.

QUINTAS, Jorge. Os tratamentos coercivos dos dependentes de drogas em confronto com a internação compulsória. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, n. 261, p. 2-4, ago.2014.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1.

REGHELIN, Elisangela Melo. *Redução de danos*. Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis. São Paulo: Ed. RT, 2002.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

RODRÍGUEZ ARNAIZ, Graciliano Gonzáles. Principio de beneficencia. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Diretor). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. t. I, a-h. Granada: Comares, 2011.

ROSA, Rodrigo Silveira da. *Comentários à nova lei de combate às drogas que causam dependência*. Prevenção e repressão. Sorocaba: Minelli, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delicto. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANMIGUEL, Francisco J. Laporta. Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía personal y decisiones médicas*. Cuestiones éticas y jurídicas. Madrid: Civitas, 2010.

SZAZS, Thomas. *Nuestro derecho a las drogas*. Madrid: Anagrama, 1992.

SILVA, César Mariano da. *Lei de drogas comentada*. São Paulo: Atlas, 2011.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana.* Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas. Crimes investigação e processo.* Porto Alegre: Verbo jurídico, 2007.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía personal y decisiones médicas.* Cuestiones éticas y jurídicas. Madrid: Civitas, 2010.

TOZZI COELHO, Gustavo. Uso de entorpecentes e os critérios (?) distintivos entre os delitos previstos nos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06 à luz da atual jurisprudência. Princípio da insignificância e ofensividade. *Revista Eletrônica Refletindo o Direito.* Bento Gonçalves, Associação Refletindo o Direito, p. 430-457, 2013.

VÁZQUEZ, Rodolfo. Autonomia e responsabilidade individual. In: CASADO, María (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios. Análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO.* Trad. Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: Edipucrs, 2013.

VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Ed. RT, n. 67, p. 11-28, jul.-ago. 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl *et al. Direito Penal Brasileiro* – II, I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A descriminalização do usuário de drogas e do pequeno traficante - A justiça restaurativa, de Antonio Baptista Gonçalves - *RIASP* 30/87-131 (DTR\2012\451353);
- À luz da dignidade humana: o princípio da proporcionalidade e a concessão da benesse no crime de drogas, de Tereza Cristina Zabala - *RDCI* 94/49-74 (DTR\2016\4510);
- Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública?, de Gérson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho - *RT* 923/327-381 (DTR\2012\450685); e
- Drogas e direito penal mínimo: análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativas, de Otávio Dias de Souza Ferreira - *RBCCrim* 75/183-235 (DTR\2008\661).

Culpabilidade na dosimetria da pena

Culpability in the system of quantifying sanctions

Pedro Jorge Costa

Doutor e mestre em direito público pela UFPE. Procurador da República em Pernambuco.
pedrojorgecosta@hotmail.com

Recebido em: 05.06.2015
Aprovado em: 29.01.2016
Última versão do autor: 25.07.2016

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente estudo visa a estabelecer a influência entre culpabilidade e pena no direito brasileiro. Primeiramente, trata-se o conceito de culpabilidade no direito positivo. Depois, indicam-se os fundamentos constitucionais da culpabilidade e alguns dos seus efeitos. Por fim, passa-se a tentar compreender o sentido da culpabilidade entre os fatores de quantificação da pena, com especial referência ao dolo e à culpa.

Palavras-chave: Direito penal brasileiro - Culpabilidade - Pena - Dolo - Culpa.

Abstract: This study aims to establish the influence of culpability in sentence in Brazilian law. Firstly, the study analyzes the concept of culpability in positive law. Then it points out the grounds of culpability and some of its effects. Finally it tries to understand the meaning of culpability to sentencing, with special regard to criminal intent and recklessness.

Keywords: Brazilian criminal law - Culpability - Sanction- Intent - Recklessness.

Sumário: 1. Introdução - 2. Culpabilidade e Constituição - 3. Culpabilidade na dosimetria da pena - 3.1. Graduabilidade da culpabilidade - 3.2. Critérios de gradação da culpabilidade - 4. Dolo e culpa na dosimetria da pena - 5. Conclusão - 6. Referências

1. Introdução

Cuida-se de estudo sobre a influência da culpabilidade na eleição do quanto de pena concretamente aplicável, com especial referência ao dolo e à culpa entendidos como seus elementos. Para tanto, será necessário tratar brevemente

das relações entre a pena e a culpabilidade, esta em sua dupla acepção de elemento do crime e de princípio de direito penal.

O trabalho se divide em três partes, além da introdução. Tenta-se primeiramente conceituar a culpabilidade à luz do ordenamento brasileiro. Após, indicam-se seus fundamentos constitucionais. Por fim, chega-se à relevância da culpabilidade na pena concreta.

Pela necessidade de delimitação do tema, excluem-se da análise outras relações, diretas ou indiretas, da culpabilidade com a pena, a exemplo da antijuridicidade com a culpabilidade. O mesmo se dá com a relevância da culpabilidade em questões tais quais a suspensão da pena e o concurso de pessoas.

Além disso, o intuito último reside no exame dessas relações no direito penal brasileiro. Parte-se, assim, do conceito normativo de culpabilidade, previsto no ordenamento do Brasil desde a reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984. Também não poderiam sobejar os influxos que a Constituição Federal trouxe sobre o tema.

Inegável, ademais, que a culpabilidade é o único dos elementos do crime que considera diretamente uma pessoa, porquanto se trata de juízo de reprovação sobre o agente. Por isso, ao longo da sua evolução doutrinária, passou-se a encarar a culpabilidade também como princípio. Desta feita, "para se formular a conceituação de culpabilidade em todas as suas dimensões é necessário estudá-la em um duplo viés: como princípio do Direito Penal, de um lado, e como elemento da teoria do crime, de outro."[1] E algumas consequências da culpabilidade aceitas quase que pacificamente pela doutrina, a exemplo da exclusão da responsabilidade pelo mero resultado, atualmente só se explicam pela sua feição de princípio.[2]

Encarada qual princípio, a culpabilidade opera sua função de limitação ao poder punitivo estatal, o qual só se legitima se constitucionalmente fundado. Daí a necessidade de lhe investigar os fundamentos constitucionais, o que se passa a fazer.

---

1. BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, a. 15, n. 2, p. 209-227, abr./jun. 2004, p. 213.
2. GARCÍA ARÁN, Mercedes. El llamado princípio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad? In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (orgs.). *El nuevo derecho penal español*. Estudios penales em memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 401-415, p. 404.

2. CULPABILIDADE E CONSTITUIÇÃO

Pacificou-se na doutrina a hierarquia constitucional da culpabilidade entendida como princípio. Mas os seus fundamentos variam nas constituições e entre os autores e tribunais, tanto no Brasil quanto no exterior.

No Brasil, Luiz Luisi vê no art. 5.º, LVII, da CF/1988, a consagração da culpabilidade. Segundo essa norma, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Para ele, a condenação pressupõe a culpabilidade do autor ou partícipe de um fato típico e antijurídico.[3]

Nilo Batista aponta outros dois fundamentos do princípio da culpabilidade, o princípio da intranscendência (art. 5.º, XLV) e o da individualização (art. 5.º, XLVI) da pena.[4] Em Luiz Luisi, "a individualização da pena, no seu aspecto judicial (...) tem como base fundamental a culpabilidade. É esta que vai viabilizar a condenação, a escolha da pena quando há alternativa, e a sua quantificação."[5]

Na doutrina italiana, Francesco Palazzo distingue a culpabilidade como fundamento da culpabilidade-limite da pena. Segundo Palazzo, a admissão do princípio da culpabilidade como fundamento da pena tem sentido se considerada a finalidade retributiva da pena, de compensação do mal causado pelo agente delitivo. Assim, reconhece-se no homem um sujeito de responsabilidade moral, capaz de autodeterminação. Nesse sentido, posto o homem no centro do sistema penal, o princípio tem raízes na intangibilidade da dignidade humana.[6]

Já na feição de limite da pena, o princípio da culpabilidade encontra outro fundamento. Ver na culpabilidade um princípio limitador da pena, ainda em Francesco Palazzo, é próprio de um sistema no qual a pena tem função preventiva. Cumpre, então, evitar que o Estado abuse de seu poder de punir a um ponto tal que instrumentalize o indivíduo mediante penas desproporcionais em nome do bem comum. Por essa acepção, a culpabilidade se fundamenta-

3. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 37.

4. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 102 e 104.

5. LUISI, Luiz. Op. cit., p. 37.

6. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*: um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 52-53.

ria no princípio do Estado de Direito e "seu fundamento constitucional pode dizer-se, ainda, formal-garantidor".[7]

Todavia, os dois fundamentos se relacionam entre si. Com efeito, o só princípio do Estado de Direito não explicaria a limitação da pena, seja a prevista na lei, seja a aplicada, mesmo quando benéfica para os fins estatais de prevenção de delitos.

Esses últimos ensinamentos se coadunam com o direito brasileiro, que expressamente prevê os diversos fundamentos constitucionais apontados na doutrina e na jurisprudência dos quais se extraem o princípio da culpabilidade. A amplitude do conceito de culpabilidade e seu múltiplo fundamento constitucional acarretam diversas consequências, detalhadas a seguir.

A primeira consequência da culpabilidade é a vedação da responsabilidade objetiva. No aspecto da vedação da responsabilidade objetiva, o princípio da culpabilidade consiste no *nullum crimen sine culpa*, isto é, na necessidade de culpa ou dolo para a aplicação de pena.[8] Como cada nível da estrutura do delito pressupõe o anterior, igualmente o dolo e a culpa são pressupostos e fundamentos da própria culpabilidade inserida na estrutura do delito.[9]

A ênfase à culpabilidade como princípio não é sem razão: entendida por elemento do crime, a culpabilidade finalista não abrange o dolo ou a culpa. De fato, somente na concepção psicológica da culpabilidade, atualmente superada, entendia-se que a culpabilidade abrangeria o dolo e a culpa. Portanto, a proibição da responsabilidade objetiva se trata de resquício das primeiras concepções científicas de culpabilidade, que permaneceram no princípio da culpabilidade.[10] Tanto não quer dizer que o injusto e, pois, o dolo e a culpa, sejam irrelevantes para a configuração ou para a medida da culpabilidade, tal qual se explicará abaixo.

Nessa ótica, a culpabilidade veda a atribuição ou a agravação de pena pela mera causação de um resultado ou colocação em risco de um bem jurídico tutelado por uma norma criminal. Para chegar a essa concepção, a doutrina

7. Idem, p. 53.

8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 497. Também assim: PIERANGELI, José Henrique. A culpabilidade e o novo Código Penal. In: PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 88-95, p. 89.

9. HIRSCH, Hans Joachim. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 106, n. 3, p. 746-765, 1994, p. 746.

10. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 415.

penal passou por muitas variações ao longo da história, com marchas e contramarchas.

Efetivamente, Sebastian Soler mostra que na Grécia antiga se começou a responsabilizar um indivíduo. Ao fazer recair sobre alguém a sanção de "expulsão da paz" como ato de abandono à vingança ilimitada do inimigo, a comunidade paradoxalmente lhe dava um direito, o de ser responsável. Passava-se, dentro de um mundo de relações causais, a distinguir a vinculação causal entre fato e um determinado sujeito. No entanto, lembra o mesmo autor que há diferença entre causar e ser autor de um resultado e que a responsabilização penal muita vez desconsiderava a vinculação subjetiva entre o fato e a pessoa.[11]

Semelhantemente, Viviana Gastaldi ensina que até determinada época no antigo direito grego os membros de uma família eram solidários ativos e passivos, inclusive nas questões penais. E, a sanção do exílio, cominada ao homicidio, representou "ato de rompimento da solidariedade entre o culpável e seu grupo, e marca na história jurídica o ponto de emergência do princípio de responsabilidade."[12]

Em Roma, na Idade Republicana (509 a 27 a.C.), ao tempo da Lei das Doze Tábuas (450 a.C.) a responsabilidade objetiva não havia desaparecido totalmente, conquanto já se encontrasse em decadência. Na Lei das Doze tábuas, relativamente a alguns fatos cometidos sem intenção, não se aplicava pena, só tendo lugar a expiação religiosa.[13] Então, a Lei marca o início de período de evolução jurídica sobre o elemento subjetivo que teve em Roma na época imperial o momento culminante.[14]

---

11. SOLER, Sebastian. *La raíz de la culpabilidad*. Montevideo: Facultad de derecho y ciencias sociales de Montevideo, 1945, p. 14.

12. GASTALDI, Viviana. *Direito Penal na Grécia antiga*. Trad. Mônica Sol Glik. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 41.

13. MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1899, p. 85. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik. Berlin: De Gruyter Recht, 2007, p. 508. TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente*: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales. Santa Fe: Rubinal; Culzoni, 2009, p. 77.

14. ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*, t. V: El delito: la culpabilidad. Buenos Aires: Losada, 1956, p. 315. HUNGRIA, Nelson. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, t. II, p. 123.

Já na Idade Republicana, a chamada *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, de 81. a.C., tratava de homicídios cometidos com uso de armas[15] ou de venenos, falso testemunho doloso para a condenação à morte de inocentes e outros crimes que pudessem levar ao homicídio. Exemplos destes últimos eram o incêndio doloso e o porte de armas em Roma com o fim de matar (*hominis occidendi causa*).

Segundo Alexander Löffler, nessa lei, "a vontade má, que não era de modo nenhum nominada na legislação mais antiga, e que no máximo vinha considerada como acompanhamento da *scientia*, foi posta muito em primeiro plano".[16] Os motivos dessa transformação residiriam na nova estrutura estatal e na recepção da ética apofântica. A nova estrutura estatal, declarando o interesse público na punição dos crimes, limita o direito de vingança. Nesse espaço público, desenvolve-se, sob o influxo de Aristóteles, o princípio da culpabilidade. O desenvolvimento do princípio levou à exclusão da punição para crimes não queridos.

Essa breve evolução mostra a um só tempo a formação da ideia da necessidade de dolo ou culpa para a responsabilização penal e da intranscendência da pena, ambos, conquanto distintos, ligados entre si e dois dos aspectos da culpabilidade.

Como intranscendência da pena, a culpabilidade se encontra expressamente prevista na Constituição Federal, em seu art. 5.º, XLV, pelo qual a pena não pode passar da pessoa do condenado. Inexiste, pois, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva no direito penal.

Outro fundamento e decorrência da culpabilidade é a individualização da pena. O art. 5.º, XLVI, da CF/1988, prevê o direito fundamental à individualização da pena, a ser regulado por lei. O processo de individualização da pena

15. *Sicariis* é, em latim, o plural de *sicarius*, palavra derivada de *sica*, "punhal tão curto que podia ser facilmente dissimulado nas pregas do vestuário". Sicários eram membros dos bandos armados ao serviço de facções políticas belicosas que atuavam nos finais da época republicana. MENDES, Paulo de Sousa. *Ambulare cum telo* era tentativa de homicídio? In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (orgs.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 614-650, p. 616.

16. Tradução livre de: "Der böse *Wille*, der in der älteren Gesetzgebung gar nicht genannt war, und höchstens als Begleiter der scientia in Betracht kam, wird durchaus in den Vordergrund gestellt." LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, B. I. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1895, p. 68.

se compõe de até três fases, a legislativa, a judiciária (em um processo de conhecimento) e a executória ou administrativa.[17]

Na primeira, a lei deve fixar, para cada tipo, os parâmetros, uma moldura, com o máximo e o mínimo de pena aplicáveis. Vedam-se as penas fixas e as ilimitadas. Na segunda etapa da individualização, o juiz, no processo de conhecimento, à vista do caso concreto, fixa a espécie, a quantidade e o regime inicial de cumprimento da pena. No Brasil, essa etapa de individualização da pena se dá, na dicção do art. 68 do CP, em três fases. Nessa segunda etapa se mostram relevantes regras jurídicas escritas e não escritas, elementos normativos e descritivos, atos cognitivos e valorações.[18] A última etapa se passa quando da execução da pena, na individualização executória. A individualização executória não interessa para o presente trabalho, motivo pelo qual se passa à influência da culpabilidade na dosimetria da pena.

3. Culpabilidade na dosimetria da pena

Inicialmente, é necessário advertir que o terreno em que se passa a pisar é pantanoso. A própria dogmática da dosimetria da pena tem desenvolvimento menor que a da teoria do delito,[19] a dificultar os estudos sobre o tema.

Não bastassem as dificuldades da dogmática da determinação da pena, falar-se em crise da culpabilidade já se tornou lugar-comum. Ademais, a doutrina referente à culpabilidade na dosimetria, entendida como principio,[20] nem de longe alcança o mesmo grau de maturidade das elaborações da culpabilidade na teoria geral do fato criminoso. À idêntica conclusão chega a doutrina estrangeira,[21] o que dificulta até o uso do direito comparado.

De toda forma, consoante Claus Roxin, em termos de política criminal, a vinculação da medida da pena à da culpa se trata do meio mais liberal e válido

17. LUISI, Luiz. Op. cit., p. 52. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 31-32.

18. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português*: parte geral, II. As conseqüências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 194-195.

19. TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 31-32.

20. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., p. 747.

21. HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. Trad. María Martín Lorenzo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 54, p. 401-429, ene./dic. 2003, p. 402.

sobre um aspecto social-psicológico de limitação do poder punitivo estatal que se encontrou.[22] Considerando também sua previsão expressa entre os elementos de dosimetria penal, passa-se a cuidar do tema.

3.1. Graduabilidade da culpabilidade

A primeira controvérsia com a qual se depara quem se põe a estudar a influência da culpabilidade na quantificação da pena é a possibilidade de sua gradação.

Franz von Liszt, com base em Ludwig von Bar, afirmava que a culpabilidade não consegue dar a medida da pena, por ser incomensurável.[23] Eugenio Raúl Zaffaroni, em outra linha de pensamento, entende de mensuração impossível conceitos filosóficos como a liberdade, base da culpabilidade e juízos normativos, tal qual o da culpabilidade.[24]

Porém, as ideias de Franz von Liszt, Ludwig von Bar e Eugenio Zaffaroni não encontraram apoio na legislação nem na doutrina comparadas. Exemplificativamente, o art. 71.º-1 do CP português e o § 46 do CP alemão incluem tais fatores na determinação da pena, isto é, partem do pressuposto de sua mensurabilidade.

Questão distinta da possibilidade de gradação da culpabilidade é a do seu conceito no âmbito da determinação da pena. Importa, aqui, saber se o conceito é o mesmo da estrutura do delito ou outro.

Na doutrina alemã, por vezes se distingue a culpabilidade entre os elementos do delito da culpabilidade na individualização da pena. Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend representam a corrente da separação conceitual. Na acepção de culpabilidade para a pena, usou-se o termo no § 46 do CP alemão. Com idêntico significado se emprega quando se alude à retribuição ou compensação da culpabilidade. Se fator de quantificação da pena, abarca a totalidade do evento, inclusive a preparação do fato e suas consequências, desde que se possa responsabilizar o agente por eles. Demais, entendem que na determi-

22. ROXIN, Claus. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, Band I. 4. ed. München, C.H. Beck, 2006, p. 92-93.

23. LISZT, Franz von. *A ideia do fim no Direito Penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005, p. 46.

24. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La culpabilidad en el siglo XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 7, n. 28, p. 56-71, out./dez. 1999, p. 60.

nação da culpabilidade entram vários fatores relevantes para a fundamentação da punibilidade.[25]

Em outros ordenamentos, a exemplo do brasileiro e do português, verifica-se tendência oposta, a de ter por único o conceito de culpabilidade.

Jorge de Figueiredo Dias, dentro de sua original ideia de culpa, busca unificar o fundamento material da pena e o critério essencial (nem sempre exclusivo), de sua medida. Os dois "residem formalmente na culpa mas substancialmente na personalidade que fundamenta o fato." O fato, a seu turno, é "fundamentado, compreendido e oferecido através da personalidade que nele se exprime e da culpa com que aquela está carregada." Por essa via, afasta-se a contradição da doutrina que decide sobre o "*se* da pena segundo princípios fundamentalmente diferentes daqueles segundo os quais se decide sobre o *como*".[26]

No Brasil, Paganella Boschi doutrina que "a culpabilidade, com o sentido de *reprovação* ou de *censura*, não é *outra*, e sim, a *mesma* culpabilidade que fundamenta o juízo de condenação." Essa censura "precisará ser graduada (...) para poder projetar o *quantum* de pena correspondente a essa graduação."[27]

Logo, havendo diferença entre a constatação da existência da culpabilidade para a configuração do crime e a sua posterior gradação, não ocorre *bis in idem*. Assim, demonstrada a graduabilidade da censura da culpabilidade, a questão passa a ser como a mensurar no âmbito da determinação da pena.

3.2. Critérios de gradação da culpabilidade

A consagração de finalidades retributivas na pena impõe a adaptação ao cenário jurídico brasileiro do debate de países como a Alemanha e Portugal, que somente reconhecem as preventivas.

Reconhecer o caráter retributivo da pena implica aceitar a compensação da culpabilidade e a culpabilidade como fundamento de legitimidade da pena, posturas atualmente bastante criticadas na doutrina. Claus Roxin, defensor de teorias preventivas da pena, entende que a teoria da retribuição não tem

25. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 956.

26. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra: 1995, p. 183. (grifos no original)

27. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 190-191. (destaques no original)

sustentação e se mostra danosa de um ponto de vista da política criminal e incompatível com os próprios fundamentos da democracia.[28]

Mas a compensação da culpabilidade pela pena ainda baseia o direito penal. A teoria retributiva limita a pena à compensação pelo injusto culpável. Desse modo, potencialmente impõe limite mínimo ao seu quanto. E a retribuição da pena pela culpabilidade não implica necessariamente desprezo pela dignidade e liberdade humanas. Ao revés, põe um freio a penas com finalidades meramente preventivas[29] e a transformação do indivíduo em "bode expiatório" mediante sanções desproporcionais.

A limitação máxima da pena pela culpabilidade se mostra relevante em sistemas penais que adotam o fim preventivo das penas. A proporcionalidade da pena, por si só, não garante a limitação. A proporcionalidade implica ponderação que, no caso da pena, dá-se entre os objetivos da política criminal e as consequências da sanção. Logo, quanto maior a importância do fim almejado, mais amplo o âmbito e a medida dos meios admissíveis, o que revela o caráter somente relativo da proteção advinda da proporcionalidade[30] e justifica o temor de setores da doutrina da instrumentalização do indivíduo mediante penas altas. Daí que a compensação da culpabilidade, em seu aspecto de retribuição, imponha pena máxima proporcional à gravidade do injusto praticado e, pois, à culpabilidade do agente.

Têm sido mais adotadas na doutrina hodierna as teorias preventivas da pena. Aceita essa feição da pena, a culpabilidade se entende por limite inultrapassável da pena. De fato, Anabela Miranda Rodrigues, sobre o ordenamento português, no qual se adotam essas teorias, ensina que "a culpa deve funcionar como *limite* inultrapassável da medida da pena, que finalidades preventivas *fundamentam* e *medem*".[31]

---

28. ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Trad. Fernando Fragoso. *Revista de direito penal*, São Paulo, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez. 1973, p. 9.

29. ALBRECHT, Hans-Peter. El princípio de culpabilidad: límite al poder punitivo del Estado. *Revista de Derecho Penal*, Santa Fé, n. 1, p. 51-65, jan. /jun. 2007, p. 52.

30. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 407.

31. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Lisboa: Coimbra, 1995, p. 470. A respeito dessa teoria: STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 124-126. No sentido da função da culpabilidade de limite máximo da pena: ROXIN, Claus. Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 23, p. 369-381, 1980, p. 377.

O problema da culpabilidade na medida da pena, já foi dito, deve ser entendido na conformidade do que prevê o ordenamento penal, motivo para que a lição de Anabela Rodrigues sofra adaptação. Efetivamente, no Brasil, aplica-se a Súmula 231 do SSTJ, pela qual nem mesmo a incidência de atenuante pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Contudo, na terceira fase de aplicação da pena, além de elementos que indicam a menor culpabilidade (v.g., art. 29 do CP) fatores que nada têm com a culpabilidade revelada na conduta, a exemplo do arrependimento posterior, podem reduzir a sanção para abaixo do mínimo legal (art. 16 do CP).

Por isso, não se pode defender que a culpabilidade pelo fato, isoladamente, serve de limite mínimo da pena. Quanto ao mínimo, em veras, respeita-se a opção da lei, que, ao menos em regra, indica no tipo um quanto de sanção sem o qual resta desprotegido o bem jurídico tutelado. E, na terceira fase, possibilita-se a diminuição dessa quantidade por razões de política criminal legalmente admitidas. Dessa forma, no direito brasileiro, a compatibilização da retribuição com a culpabilidade só ocorre quando se a entende legitimadora da pena, postura criticada na doutrina.

Diferentemente se pode dizer no tocante à possibilidade de defender que a culpabilidade serve de limite máximo da pena, teoria mais em voga entre defensores da sua finalidade preventiva, conquanto sejam necessárias adaptações.

O sistema penal pátrio admite expressamente a culpabilidade na primeira fase da aplicação da pena (art. 59 do CP). Assim, pelo art. 68 do mesmo Código, a aplicação de atenuantes e causas de aumento poderia aumentar a pena compatível com a culpabilidade, fixada anteriormente nos termos do art. 59.

Essa seria interpretação equivocada do dispositivo, que permitiria a adoção de elementos que não dissessem respeito ao injusto praticado pelo agente para a elevação da pena, em dissonância com o direito penal do fato, este decorrente do princípio da culpabilidade. Sendo assim, as agravantes e as causas de aumento se cuidam de critérios para graduar a culpabilidade e, pois, a pena máxima concreta.

Conclui-se que a culpabilidade opera tanto nas reduções quanto no aumento da pena estabelecida na primeira fase, isto é, também nas duas fases seguintes de sua aplicação, o que de resto se deduz de um dispositivo como o art. 71, parágrafo único, do CP, e mesmo da análise do cabimento da restritiva de direitos, consoante o art. 44, III, do Código. Por ser limite apenas máximo, a culpabilidade permite penas abaixo da sua medida.

Irradiando a culpabilidade de efeitos em todas as fases da aplicação da pena, é impossível defender que as agravantes ou as causas de aumento de pena não

podem aumentar a pena fixada por força das circunstâncias judiciais. Os fatores de aumento da pena determinada na primeira fase do processo de aplicação servem verdadeiramente para mensurar a culpabilidade do agente e, pois, só podem se referir ao agente que comete um injusto. Nesse sentido, tem razão Juarez Cirino dos Santos ao se insurgir contra a igualação, pelo Código Penal, da culpabilidade a outras circunstâncias judiciais.[32] Com efeito, se opera em todas as fases da quantificação judicial da pena, não deveria se localizar junto aos elementos previstos somente para a primeira.

O modo como se devem graduar os elementos da culpabilidade é o tema a seguir analisado. Pois bem, pela teoria normativa pura da culpabilidade, para a configuração de um crime, após a tipicidade e a antijuridicidade da conduta, basta que estejam presentes concomitantemente os elementos da culpabilidade, quais sejam, a exigibilidade de conduta diversa, a potencial consciência da ilicitude e a imputabilidade. Todos eles devem repercutir na dosimetria da pena.

A exigibilidade de conduta diversa influi porque o conteúdo volitivo da conduta concreta e a sua análise no processo anímico de motivação e eleição delineiam o juízo de culpabilidade. Isso se vincula "à capacidade concreta de poder dirigir a conduta no sentido de um objeto de referência, que, no caso, deve ser a norma de proibição ou determinação."[33] Por conseguinte, a maior ou menor dirigibilidade normativa, ou seja, a variação do grau de exigibilidade de comportamento diverso, que vai desde a total inexigibilidade de conduta diversa (causas legais ou supralegais de exclusão da culpabilidade) até "a *plena normalidade* das circunstâncias do tipo de injusto (...) passando pelos graus intermediários de todas as gradações da *normalidade/anormalidade* do tipo de injusto"[34] repercute na medida da pena.

Exemplo é a obediência do empregado ao seu empregador que, a depender do caso concreto, pode excluir[35] ou diminuir a exigibilidade de conduta diversa. A influência na medida pena deve ocorrer com fulcro no art. 59 do Código.

32. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 570.

33. TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 377.

34. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 570. Igualmente: PIERANGELI, José Henrique. A culpabilidade e o novo Código Penal. In: PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 94.

35. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 148-149.

Aqui têm lugar, outrossim, as discussões sobre a capacidade econômica do agente e sua influência na redução da dirigibilidade normativa, ao menos em se tratando de determinadas espécies de delitos, a exemplo dos patrimoniais.[36]

A explicação reside na realidade social mesma. Pela inegável desigualdade econômica, não se oferecem às pessoas iguais possibilidades de agir. Então, quem, premido por causas sociais, age com menos possibilidade de escolha, merece censura penal diminuída. Essa ideia deve ser aceita, ao menos, em todo o Estado Social de Direito que prevê direitos econômicos e sociais.[37] Há, portanto, em alguns delitos, diminuição da exigibilidade de conduta conforme ao direito no caso de necessidade econômica do agente.

A exigibilidade de conduta diversa é apenas excepcionalmente limitada[38] ou excluída. A opção por reconhecer uma menor exigibilidade de conduta diversa acarreta efeitos relevantes.

Primeiramente, afasta questões ideológicas relacionadas a conceitos como os de "coculpabilidade" da sociedade ou "culpabilidade pela vulnerabilidade", adotados por autores como Zaffaroni.[39] Para além disso, desde que se reconheça a diminuição da culpabilidade por questões sociais, torna-se até supérfluo saber se a sociedade merece ou não censura conjuntamente com o agente.

Um outro efeito é o afastamento de uma certa tendência presente no conceito de "coculpabilidade" de opção por uma culpabilidade de autor. Tal escolha, aliás, encontra-se na obra de Alejandro Slokar, que adota a teoria de Zaffaroni. Segundo ele, a vulnerabilidade do indivíduo ao poder punitivo estatal se dá por fatores classificáveis em dois grupos: (a) os referentes a uma posição ou estado de vulnerabilidade, predominantemente social, consistente no risco que corre a pessoa por estar em um dado conjunto frequentemente rotulado ou estereotipado; (b) os relativos a um esforço pessoal pela vulnerabilidade. O primeiro grupo de fatores não poderia ser cobrado do indivíduo. Daí, expressamente pugna por uma "culpabilidade de autor de signo negativo", esta possível por

36. PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 88-95.

37. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 580. Semelhantemente, sob a ótica dos conflitos de deveres: SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 347-349.

38. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 419.

39. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La culpabilidad en el siglo XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 7, n. 28, p. 56-71, out./dez. 1999, p. 66-67.

operar *in bonam partem*, para, limitando a culpabilidade pelo fato, afastar ou reduzir alguns dos problemas da seletividade penal.[40]

A diminuição da segurança pela amplitude semântica do conceito e o consequente risco de manipulações ideológicas parecem evidentes. Também não parece adequado entender que uma classe de indivíduos possa ter culpabilidade diminuída sem atenção ao injusto concreto que praticou. Semelhantemente ao que se passa no conceito de "coculpabilidade", em se reconhecendo a menor dirigibilidade normativa de alguém diante de condições sociais desfavoráveis, não se torna necessário o apelo à culpabilidade de autor, isso sem qualquer alteração no direito vigente.

A aceitação da diminuição da exigibilidade de conduta diversa em hipóteses que tais impõe a análise desse fator na própria culpabilidade prevista no art. 59, não entre as atenuantes genéricas do art. 66, e mantém intacta a relação entre culpabilidade e injusto penal concreto.

O último efeito da análise da condição social do agente entre os fatores de exigibilidade de conduta diversa é o inverso: se, apesar de não se cuidar de um hipossuficiente econômico, alguém opta pelo cometimento de um crime com efeitos patrimoniais, merece sanção maior, por sua culpabilidade aumentada.

Todavia, exclui-se da culpabilidade do art. 59 do CP, a redução da dirigibilidade normativa por coação moral resistível, cumprimento de ordem de autoridade superior e influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, que devem ser analisados como atenuantes (art. 65, III, *c*, do mesmo Código).

O nível de consciência do agente da ilicitude de sua conduta é outro elemento graduável em virtude da culpabilidade do art. 59 do CP. Se ele age em erro de proibição inevitável, não sofre reprovação, ou seja, age sem culpa. Se em erro de proibição evitável, pode ter sua pena diminuída de um sexto a um terço (art. 21 do CP). A diminuição da pena pelo erro de proibição evitável se rege, dessarte, não pela norma do art. 59, mas pela do art. 21 do CP.

O erro de proibição "tem estrutura elástica, isto é, não é um tudo ou nada, mas um *mais ou menos*: (...) pode ser desde evitável sem redução de pena até inevitável, excluindo por completo a responsabilidade do autor". Continua

40. SLOKAR, Alejandro W. Culpabilidad y pena: trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una indeterminación judicial relativa). *Revista de ciencias penales*, Montevideo, n. 4, p. 219-243, 1998, p. 226-227.

Alaor Leite ensinando que entre os extremos da evitabilidade há "variação do grau de culpabilidade, com efeitos no *quantum* final da pena a ser aplicada".[41]

Reversamente, quem age com plena consciência da antijuridicidade da conduta revela uma postura de desapreço pelo direito merecedora de especial reprovação. O pleno conhecimento do injusto implica plena reprovação, que, à míngua de outra disposição expressa, deve ser mensurada no art. 59 do Código.[42] Gradativamente, quanto mais esclarecimento sobre o caráter proibido de sua conduta tiver o agente, que se deduz, entre outros fatores, do seu meio social, da sua idade, da sua possibilidade de informação e da sua cultura, maior deve ser a reprovação.[43]

Tal qual os outros elementos da culpabilidade, a consciência da ilicitude tem grau mínimo, ainda potencial, sem o qual se julga inculpável o autor; grau mediano, de mensuração consoante o conhecimento do injusto e a evitabilidade do erro; e, grau máximo, de pleno conhecimento, atual, não potencial, do ilícito praticado. Na aplicação da pena, o juiz pode verificar que o grau de consciência do injusto, quando não se encontra no seu mínimo ou médio, aproxima-se do máximo.

Por outro lado, é inegável que há dificuldades para a mensuração da evitabilidade do erro e da potencialidade ou atualidade da consciência do injusto do agente no momento da prática da conduta. Mesmo casos de hostilidade ao direito podem justificar atenuação de pena.[44] Tudo o que se disse a respeito da diminuição ou aumento da culpabilidade pela consciência do ilícito se aplica ao chamado agente de consciência, se aceita a exclusão da sua culpabilidade por analogia ao erro de tipo.[45] Mas, obviamente, as dificuldades de mensuração, de resto comuns a vários fatores da dosimetria da pena, não infirmam essa conclusão.

41. LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35-36.
42. SANTOS, Juarez Cirino dosOp. cit., 2008, p. 570. Têm igual conclusão, para o direito alemão: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit.,p. 460-461.
43. BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 237-238. PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 88-95, p. 94.
44. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 388.
45. Caso de SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 344. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 667.

Finalmente, entre os elementos da culpabilidade como elemento do crime, resta a imputabilidade. Também ela exige gradações.

Na fase do art. 59 do CP, dentro da culpabilidade nele prevista, cabem considerações da imputabilidade distintas da exculpação ou da redução da pena pela semi-imputabilidade ou por força da atenuante do art. 65, I. Há efetivamente transtornos mentais que enfraquecem as exigências ínsitas à imputabilidade sem que levem o agente sequer à condição de semi-imputáveis, motivo pelo qual podem abrandar a censura.[46]

No sentido inverso, uma diminuição da imputabilidade pode representar aumento da culpa quando os motivos da redução da capacidade de culpabilidade "para além da perigosidade naturalística que porventura contenham, sejam traduzíveis em termos ético-jurídicos e acentuem a desconformação entre a personalidade do agente e a suposta pela ordem jurídica."[47]

Além disso, aumenta-se a medida da culpabilidade em virtude da causação atribuível ao agente do próprio transtorno psíquico, ou seja, da redução da imputabilidade, se pôde prever anteriormente o perigo de cometimento do delito.[48]

Demonstrou-se, pois, como se graduam os elementos da culpabilidade para a dosimetria da pena.

4. DOLO E CULPA NA DOSIMETRIA DA PENA

Não são somente os elementos da culpabilidade que se analisam na primeira fase da dosimetria da pena por força da sua previsão no art. 59 do CP. Efetivamente, a presença dos requisitos da culpabilidade mostra que o agente pode ser reprovado por um fato típico e antijurídico que cometeu. A reprovação, entretanto, não se esgota em si mesma: carece de fundamento. O cometimento do injusto é esse fundamento, a razão da censura, relevante não só por ser pressuposto, mas por mensurar a culpabilidade.

Precisamente dos motivos e do conteúdo da censura se conclui que a culpa no relevante para a medida da pena "não é uma 'culpa em si', mas uma censura

46. BOSCHI, José Antonio PaganellaOp. cit., p. 232-233. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 476.

47. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, Direito Penal*. Op. cit., p. 199-200.

48. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 476.

dirigida ao agente em virtude da atitude desvaliosa documentada num certo facto e, assim, num *concreto tipo-de-ilícito*."[49]

Já que se declara culpado o agente em razão de um injusto, de magnitude variável, os próprios requisitos da censura e os elementos do fato típico e antijurídico concretamente praticados por ele servem conjuntamente para a graduação da pena devida em função da culpabilidade.[50]

O injusto e a culpabilidade, portanto, apresentam interdependência também no sentido de que à variação quantitativa ou qualitativa do injusto deve corresponder variação na culpabilidade. Essa teoria se mostra relevante por levar à associação do juízo de reprovação da culpabilidade ao conteúdo de garantia do tipo penal e a ajustá-lo ao crime efetivamente cometido.[51]

Daí que, um tanto paradoxalmente, ocorra um fechamento e uma abertura das possibilidades de mensuração da culpabilidade.

O fechamento se dá pela vedação para medir a culpabilidade ao apelo a elementos que não os pertinentes ao agente que comete um injusto. Excluem-se, pois, a vida prévia do autor e fatos posteriores ao delito por ele praticado do exame da culpabilidade (não necessariamente da medida da pena concreta).[52]

A abertura se dá por se considerarem para a culpabilidade todos os elementos do tipo, subjetivos, objetivos ou normativos e sua relação com o agente. Relevam para a culpabilidade o grau de ilicitude e o modo de execução do fato, o grau de perigo criado nos crimes tentados e nos crimes de perigo, a personalidade e outros fatores ligados à vítima, a situação do autor em relação ao bem jurídico protegido, entre outros, de enumeração exaustiva impossível.

49. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português*: parte geral, II. Op. cit., p. 239. (destaques no original)

50. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas.Op. cit., p. 460-461.

51. TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. Op. cit., p. 379.

52. É mesmo de se rejeitar a chamada "teoria indiciária", segundo a qual os comportamentos prévios ou posteriores são indícios da culpabilidade do agente no momento do crime, por se tratar de resquício das concepções de culpabilidade do autor e não do fato. Vide: HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 420. Tais condutas podem importar para a pena não por via da culpabilidade, mas pela da prevenção, conforme: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português*: parte geral, II. Op. cit., p. 254. Em obra clássica sobre o tema, Javier de Vicente Remesal ensina que nem tudo o que se explica pelos fins da pena pertence ao delito. A respeito: VICENTE REMESAL, Javier de. *El comportamiento postdelictivo*. León: Universidad de León, 1985, p. 385-386.

Então, na culpabilidade, até mesmo os estados mentais da pessoa interessam ao direito penal para se deduzir o grau de culpabilidade de suas ações. Daí, a inclusão da análise dos elementos subjetivos do tipo na culpabilidade justifica que a censura aumente quanto mais intenso o dolo ou mais grave a culpa (*stricto sensu*). Liga-se a isso a necessidade de que a pena do crime doloso seja maior que a do culposo.[53]

Na doutrina estrangeira, Jorge de Figueiredo Dias entende que o dolo e a culpa revelam conteúdos materiais de culpabilidade distintos. Quem age dolosamente comunica atitude pessoal de contrariedade a uma norma penal. Diversamente, o agir culposo mostra somente descuido ou leviandade diante de tal norma. Com isso, não se dá dupla valoração, no tipo de ilícito e no tipo de culpabilidade, do dolo ou da culpa. Antes, "a dupla valoração da ilicitude e da culpabilidade concorre na modelação completa do dolo e da negligência".[54]

Em Juarez Cirino dos Santos, o "objeto da censura é a *atitude do agente*, definível em dois momentos: a) no tipo de injusto, como dolo (...) ou como imprudência (...), integrantes do *objeto de reprovação* (o que é reprovado)" e "b) na culpabilidade, como *imputabilidade* (...), como *consciência do injusto* (...) e como *exigência de comportamento diverso* (...), integrantes do *juízo de reprovação*". A variação desses momentos, conjugada, determina o quanto da censura, a reprovação pessoal do agente.[55]

Não há só variação na pena entre os crimes dolosos e os imprudentes. Incluem-se, outrossim, entre os fatores concretos de medida da pena relativos à execução do fato "*o grau de conhecimento e a intensidade da vontade* no dolo",[56] que variam nas modalidades de dolo.

O doutrinador espanhol Fernando Molina Fernández defende a introdução de sistema categorial que permita aceitar a progressividade entre os conceitos

53. MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2006, p. 203. Sobre a maior reprovação à conduta dolosa: HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. In: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 63-84, p. 71.

54. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 240-241.

55. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 569. (destaques no original)

56. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português*: parte geral, II. Op. cit., p. 246. (destaques no original)

de dolo e imprudência. Para fatos graduais, devem ser aceitas consequências graduais, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da culpabilidade.[57]

Na doutrina pátria, a lição é adotada para o direito vigente. Juarez Tavares ensina que "a relação da culpabilidade com o fato concreto pode ser avaliada sob dois aspectos: pela autonomia do autor para realizá-lo ou por sua gravidade". E, congregam-se "no âmbito da avaliação da autonomia as relações volitivas do agente para com o fato", isto é, se houve dolo direto ou eventual. Em importante observação, consigna que isso não é revigorar a versão original do art. 42 do CP, o qual aludia à intensidade do dolo e aos graus da culpa. Realmente, "agora, a referência às espécies de dolo indica a forma como o agente se relacionou concretamente com o fato".[58] Decerto que assim se confere dupla função ao dolo: no tipo e na culpabilidade.

Então, também os elementos do dolo, na expressão de Juarez Tavares, circulam entre o injusto e a culpabilidade, o que torna possível juízo de ponderação dos efeitos das suas espécies, direto e eventual, nesses dois setores.[59] Igualmente defende Paulo Busato que "a mensuração da pena, em função da incidência do princípio da culpabilidade, obrigatoriamente diferenciará entre as classes de dolo".[60]

A pena para os crimes dolosos diretos de primeiro grau deve ser maior para reafirmar os valores questionados abertamente por esses delitos, da mesma forma que deve ser proporcional ao interesse colocado em perigo ou lesionado. Os atos de hostilidade aos bens jurídicos também devem ser punidos mais gravemente que as expressões de indiferença e estas devem ser punidas consoante seu grau.[61]

57. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal. In: JORGE BARREIRO, Agustin (org.). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, p. 738-741. Igualmente: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. En el límite entre dolo y imprudencia: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 38, p. 961-975, ene./dic. 1985, p. 972.

58. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; Nascimento, André (orgs.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 121-152, p. 138 e 143-144.

59. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 246-247.

60. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 422. Também assim: SILVA, David Medina da. Op. cit., 2005, p. 136-138. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Parte geral, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 283.

61. RAGUES I VALLES, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 179-183.

Nos crimes imprudentes, há indiferença ou desinteresse pelo bem jurídico violado, diversamente do que ocorre nos dolosos diretos de primeiro grau. No dolo eventual, igualmente se verifica a indiferença, no sentido de que a colocação em perigo do bem jurídico não impede o atuar. No dolo direto de segundo grau, a indiferença é ainda maior, porquanto o agente não deixa de praticar a conduta típica mesmo seguro ou quase seguro de que causará dano ou perigo ao bem juridicamente protegido. A indiferença é tal que se justifica a proximidade da pena do dolo direto de segundo grau e do dolo direto de primeiro grau.[62]

Já nos crimes culposos, a culpabilidade varia com a maior ou menor gravidade da violação do dever de cuidado objetivo,[63] ao lado das condições pessoais de evitabilidade e previsibilidade, estas para a verificação da autonomia do agente.[64] Por exemplo, a menor iluminação de uma rodovia impõe maior exigência de cuidado na direção de veículos que, se inobservado, aumenta a culpabilidade do agente, o que igualmente deve ocorrer se o agente é motorista profissional e não amador.[65]

Ficam de fora da culpabilidade do art. 59 as elementares típicas não graduáveis ou não graduadas pelo próprio tipo ou que, de alguma forma, só importem para a configuração do crime ou que relevam por outras previsões legais na aplicação da pena. A exclusão, nesse último caso, justifica-se pela vedação à dupla punição.

Com isso, pode-se objetar a lição de Salo de Carvalho, para quem levar em conta a intensidade do dolo e o grau da culpa no exame da culpabilidade para fins de dosimetria da pena violaria o *bis in idem*.[66] Em veras, basta à verificação da culpabilidade como elemento do crime a constatação de todos os seus elementos. Nesse primeiro momento, não se quantifica a culpabilidade. Se não é valorada quantitativamente, tem apenas a existência apurada, não há dupla consideração na medição da pena.

---

62. Idem, p. 170-174.
63. BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 191-192. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 173-174. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português*: parte geral, II. Op. cit., p. 246.
64. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. Op. cit., p. 144.
65. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 145.
66. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 355-356.

Em suma, mostrou-se no segundo tópico que, historicamente, a culpabilidade, entendida como vedação da responsabilidade objetiva, sempre se ligou ao dolo e à culpa. Desde o advento da teoria normativa pura da culpabilidade, não mais se entende, majoritariamente, que esse elemento do crime abrange o dolo e a culpa. Nada obstante, tanto não significa que as variações do dolo e da culpa sejam irrelevantes para a dosimetria da pena, inclusive no atual direito brasileiro.

5. Conclusão

Historicamente, a culpabilidade, tida como vedação da responsabilidade objetiva, sempre se ligou ao dolo e à culpa. Desde o advento da teoria normativa pura da culpabilidade, não mais se entende, majoritariamente, que esse elemento do crime abrange o dolo e a culpa.

Nada obstante, tanto não significa que as variações do dolo e da culpa sejam irrelevantes para a dosimetria da pena, inclusive no atual direito brasileiro. Ao revés, no direito positivo vigente, a culpabilidade na dosimetria da pena abrange a intensidade do dolo e o grau da culpa, pela interdependência entre injusto e culpabilidade.

6. Referências

ALBRECHT, Hans-Peter. El princípio de culpabilidad: límite al poder punitivo del Estado. *Revista de Derecho Penal*, Santa Fé, n. 1, p. 51-65, jan. /jun. 2007.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*, t. V: El delito: la culpabilidad. Buenos Aires: Losada, 1956.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no *Direito Penal* brasileiro. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, a. 15, n. 2, p. 209-227, abr./jun. 2004.

_____. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, t. III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. En el límite entre dolo y imprudencia: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 38, p. 961-975, ene./dic. 1985.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007

_____. *Direito Penal Português*: parte geral, II. As conseqüências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. *Liberdade, culpa, Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra: 1995.

_____. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. El llamado princípio de culpabilidad: ¿ no hay pena sin culpabilidad? In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (orgs.). *El nuevo derecho penal español*. Estudios penales em memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 401-415.

GASTALDI, Viviana. *Direito Penal na Grécia antiga*. Trad. Mônica Sol Glik. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. In: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 63-84.

HIRSCH, Hans Joachim. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 106, n. 3, p. 746-765, 1994.

HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. Trad. María Martín Lorenzo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 54, p. 401-429, ene./dic. 2003.

HUNGRIA, Nelson. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013.

LISZT, Franz von. *A ideia do fim no Direito Penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.

LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, B. I. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1895.

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

MENDES, Paulo de Sousa. *Ambulare cum telo* era tentativa de homicídio? In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (orgs.). *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2003.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2006.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal. In: JORGE BARREIRO, Agustin (org.). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005.

MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1899.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*: um estudo comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PIERANGELI, José Henrique. A culpabilidade e o novo Código Penal. In: PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

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

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Lisboa: Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Trad. Fernando Fragoso. *Revista de Direito Penal*, São Paulo, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez. 1973.

_____. Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 23, p. 369-381, 1980.

_____. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, Band I. 4. ed. München, C.H. Beck, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA, David Medina da. *O crime doloso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SLOKAR, Alejandro W. Culpabilidad y pena: trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una indeterminación judicial relativa). *Revista de ciencias penales*, Montevideo, n. 4, p. 219-243, 1998.

SOLER, Sebastian. *La raíz de la culpabilidad*. Montevideo: Facultad de derecho y ciencias sociales de Montevideo, 1945.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik. Berlin: De Gruyter Recht, 2007.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; Nascimento, André (orgs.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Direito Penal da Negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Teorias do delito*: variações e tendências. São Paulo: Ed. RT, 1980.

_____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente*: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales. Santa Fe: Rubinal; Culzoni, 2009.

VICENTE REMESAL, Javier de. *El comportamiento postdelictivo*. León: Universidad de León, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La culpabilidad en el siglo XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 7, n. 28, p. 56-71, out./dez. 1999.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal, de Fernando Antonio N. Galvão da Rocha - *RT* 707/276-288 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/387-408 (DTR\1994\376);
- A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade, de Carmen Silvia de Moraes Barros - *RBCCrim* 26/291-295 (DTR\2011\2892); e
- Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (análise de caso - Parecer: "Operação lava jato"), de Salo de Carvalho - *RBCCrim* 122/319-358 (DTR\2016\22985).

Neurociência humana e direito penal: a síndrome pré-menstrual e suas possíveis implicações à imputabilidade penal

Human neuroscience and criminal law: the pre-menstrual syndrome and its possible implications to criminal responsibility

Rafael da Silva Glatzl

Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelos Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal) e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e à American Association for the Advancement of Science (AAAS). Advogado.
rafaelglatzl@gmail.com

Recebido em: 09.02.2016
Aprovado em: 16.05.2016
Última versão autor: 10.06.2016

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O advento de complexas e inovadoras tecnologias biomédicas tem levado a uma crescente utilização da neurociência na solução dos novos desafios enfrentados atualmente pelo Direito Penal, que tem se utilizado destes novos conhecimentos em prol da justiça de suas decisões. Será desta interação entre o sistema jurídico-penal, a neurociência e o agir humano que tratará o presente artigo, ao analisar a admissibilidade dos argumentos de defesa pelo reconhecimento de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída que tenham por fundamento o fato de que a conduta ilicita da ré fora perpetrada por influência do anormal incremento de agressividade decorrente da sintomatologia de uma severa Síndrome Pré-Menstrual, defendendo-se a ideia de sua aptidão para atenuar a pena ou culminar em total exclusão de culpabilidade penal.

Abstract: The rise of complex and innovative biomedical technologies has led to an increasing use of neuroscience in the solution of the new challenges faced by Criminal Law, which has been putting these informations to good use in favor of achieving justice in its rulings. Analyzing this interaction between the criminal legal system, neuroscience and the human acts is the article's main goal, more specifically in what concerns the possibility of defense pleas aiming to achieve the ruling of non-responsibility or diminished responsibility which are based on unlawful acts commited by the defendant under influence of the effects of hormonal oscillations and the increased aggression levels that occur in Pre-Menstrual Syndrome severe cases, supporting the idea of its aptitude to diminish or even exclude criminal responsibility.

Glatzl, Rafael da Silva. Neurociência humana e direito penal: a síndrome pré-menstrual e suas possíveis implicações à imputabilidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 133-158, dez. 2016.

PALAVRAS-CHAVE: Neurociência - Direito Penal - Inimputabilidade - Imputabilidade diminuída - Síndrome pré-menstrual.

KEYWORDS: Neuroscience - Criminal Law - Non-responsibility - Diminished Responsibility - Pre-menstrual syndrome.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A Neurociência humana - 3. A síndrome pré-menstrual como anomalia psíquica - 4. A neurociência e os reflexos da síndrome pré-menstrual no âmbito da culpa em direito penal - 4.1. Casos paradigmáticos - 4.2. Os pedidos de declaração de inimputabilidade e a negação da culpa penal - 4.3. A defesa com base no reconhecimento de imputabilidade diminuída - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Quaisquer rascunhos de soluções que se pretenda dar aos atemporais questionamentos acerca de quem somos, para onde vamos, e também dos ses e porquês de agirmos da forma como fazemos, não podem prescindir da apreensão dos aspectos basilares da neurociência humana. Esta grande categoria do saber tem oferecido à sociedade e ao Direito importantes contribuições teórico-práticas em prol do grande objetivo geral de alcançar-se uma melhor compreensão do agir humano.

Mais do que isso, no que interessa ao presente ensaio, essencial tem sido a sua colaboração para a melhor percepção dos efeitos neuropsicológicos de certas doenças mentais, sobretudo quanto à severidade de suas influências na capacidade de autodeterminação dos agentes frente às regras e contextos apropriados de convívio social. Questões estas que se mostram sensíveis e essenciais à mensuração da culpa penal e à adequada justiça nos casos concretos em que os fatos ilícitos perpetrados pelos agentes sejam, de alguma forma, moldados pelas perturbações mentais que àqueles acometem.

Em um primeiro momento, tratar-se-á do tema da neurociência, importante macrocategoria do conhecimento científico, evidenciando-se suas origens, desenvolvimento e suas naturais aptidões para configurar-se em substrato teórico-científico apto a auxiliar os operadores do Direito na compreensão dos comportamentos anômalos e das razões subjacentes às atuações ilícitas humanas. Mais ainda, demonstrar como o estudo neurobiológico da ação humana permite entender a forma como sutis diferenças em fatores orgânicos individuais podem influenciar o funcionamento do cérebro em sua crucial função de regulador das emoções, sensações e ações humanas, a ponto de prejudicar em

absoluto as possibilidades de autodeterminação e prévia inibição de comportamentos antijurídicos.

Realizar-se-á, em um segundo momento, análise minuciosa da Síndrome Pré-Menstrual, demonstrando cabalmente o que a caracteriza, suas formas de existência e sintomatologia, suas possíveis influências no comportamento social da doente, e seu factível enquadramento como doença mental nos casos em que se apresenta em maior grau de severidade, o que a torna, portanto, objeto passível de perícia psicológica ou psiquiátrica forense e, por conseguinte, indiscutível sua utilização em casos concretos como tese jurídica a fundar argumento de defesa em que se requeira declaração de inimputabilidade penal por doença mental, ou o reconhecimento de imputabilidade diminuída da mulher que cometa um ilícito penal sob influência de uma grave disforia de natureza pré-menstrual.

2. A Neurociência humana

As origens e raízes do que se entende hoje como neurociência datam de milhares de anos atrás. Os fundamentos corpóreos das emoções e razões humanas já eram objeto de interesse e curiosidade, por exemplo, dos antigos egípcios, dos gregos e dos romanos, embora tais povos não tivessem reconhecido, ou tentado de qualquer forma definir, um papel específico para o cérebro nesses complexos processos do agir humano. Veja-se, por exemplo, que embora os egípcios preparassem os cadáveres dos nobres para embalsamento, e no processo optassem por conservar os órgãos tidos por importantes dentro de urnas sepultadas juntamente aos corpos, descartavam o cérebro como víscera de nula importância. Ainda, a civilização romana considerava o coração, e não o cérebro, como o órgão responsável pelo pensamento (POSTLE, 2015, p. 8). Por fim, há notícia de documentação histórica que aponta claramente no sentido de já ter havido debates e discussões sobre o papel do cérebro no comportamento humano entre os filósofos da Grécia Antiga (GETZ, 2014, p. 1).

As primeiras discussões de maior relevo técnico-científico que tiveram por objeto a importância neurológica no comportamento, e que podem ser entendidas como um embrião do entendimento atualmente consolidado de que o cérebro é o órgão responsável pelos pensamentos, emoções e razões humanas, foram realizadas na iluminada Europa do século XIX, período em que se destacaram dois médicos anatomistas alemães, Franz Gall e seu discípulo Johann Spurzheim, responsáveis pela inovadora teoria conhecida como frenologia (POSTLE, 2015, p. 8).

Em breve síntese, a frenologia almejava identificar as funções básicas do cérebro e suas manifestações sistêmicas com base em estudos empíricos das protuberâncias da cabeça de um homem, sendo possível, segundo os autores, determinar-lhe o caráter, a personalidade e suas possibilidades de comportamento através da mera medição de certas áreas de seu crânio. Ou seja, os cientistas buscavam descobrir as origens das faculdades afetivas, morais e intelectuais humanas através de um intricado sistema de análise das convexidades e concavidades do crânio humano (SCHLAG, 1997, v. 110, p. 877).

Tais explicações, embora tenham sido desacreditadas cientificamente nas últimas décadas devido ao mapeamento cerebral humano, propiciado pelo desenvolvimento de avançadas tecnologias de neuroimagem, têm como grande mérito seu papel de ponto de partida para uma necessária atenção dos pesquisadores às indissociáveis relações funcional-estruturais do cérebro com a atuação social humana (FRISTON, 2002, v. 25, p. 221-226).

A compreensão desta relação entre a neurociência e o comportamento humano foi, então, sendo paulatinamente consolidada através de contínuos estudos empíricos que permitiram chegar ao estado da arte da pesquisa atual. O estudo de milhares de casos clínicos individuais, seguida de análise do tecido cerebral dos pacientes, permitiu aos neurocientistas uma melhor compreensão dos porquês de certas doenças, e ainda quais regiões cerebrais estavam implicadas funcional e estruturalmente com tais anomalias (GETZ, 2014, p. 2-3).

Notáveis e relevantes ao grande desenvolvimento do saber neurológico foram as contribuições extraídas, por exemplo, das evidências dos famosos casos clínicos de Phineas Gage, Mr. Tan e Henry Molaison – o famoso paciente H. M (GETZ, 2014, p. 2). Dentre os casos acima referidos, destaca-se ora o do senhor Gage, por se tratar de paciente que sofreu significativa lesão no lobo frontal do córtex cerebral, região cuja atividade hoje entende-se como a grande responsável pelos processos cognitivos superiores e pela regulação emocional, e pela relevância de o caso ter propiciado os maiores avanços e contribuições ao desenvolvimento do tema científico ora em pauta.

Phineas Gage trabalhava como encarregado num projeto de ferrovia nos Estados Unidos, no ano de 1848. Por conta de um acidente de trabalho ocorrido no local, uma explosão fez com que uma barra de ferro incandescente de cerca de um metro de comprimento atravessasse a parte frontal de sua cabeça e saísse pela parte posterior em uma velocidade extremamente grande, cauterizando o ferimento e permitindo ao trabalhador, milagrosamente, que sobrevivesse. O caso, então, atraiu a atenção de médicos e da comunidade científica americana à época, que resolveram, dentre outras análises, documentar as possíveis alte-

rações da personalidade e do comportamento vivenciadas pelo homem (GETZ, 2014, p. 2).

De um trabalhador cuja personalidade era notadamente de trabalho-duro e responsabilidade, subitamente tornou-se um homem irresponsável, que não conseguia mais conviver socialmente de forma apropriada e nem sequer trabalhar. O estudo da lesão e danos havidos no lobo frontal do cérebro do homem permitiu aos cientistas identificar que esta área estava relacionada com o temperamento do indivíduo, sua personalidade e sua capacidade de tomar decisões, o que foi posteriormente evidenciado pela evolução da ciência (GETZ, 2014, p. 3).

Retire-se do relato o essencial conhecimento de que pode ocorrer uma total alteração no paradigma comportamental e na individualidade de um sujeito em decorrência de lesão em uma única região cerebral. Similares efeitos derivam, por exemplo, da existência de tumores, ou ainda de pequenas alterações no funcionamento de diversas estruturas do cérebro humano decorrentes de processos infecciosos, síndromes ou anomalias psíquicas das mais diversas origens (SAPOLSKY, 2005, p. 37-45). Como visto, é de vital importância analisar até que ponto uma alteração no funcionamento neurobiológico de um ser humano pode afetar sua capacidade consciente de tomada de decisões, ou ainda sua compreensão acerca das possíveis consequências das mesmas (GETZ, 2014, p. 5). Como se verá, a relação entre as potenciais capacidades de autodeterminação e a tomada de más decisões tem relevância tanto para a ciência, quanto para o Direito Penal.

Atualmente, nos termos propostos por Siegel e Sapru podemos definir a neurociência, de forma bastante simplista, como uma macrocategoria de estudos que ultima uma melhor compreensão dos variados processos mentais responsáveis pela externalização de um certo comportamento humano (SIEGEL; SAPRU, 2015, p. 526), utilizando para seus fins a integração de uma vasta gama de conhecimentos provenientes de áreas como a neuroanatomia, a neurofisiologia, a neurologia, a neuropatologia, a neurofarmacologia, as ciências comportamentais e a biologia celular (SIEGEL; SAPRU, 2015, p. 4).

Desta forma, a neurociência humana moderna, cujo grande enfoque é o comportamento humano (ou a cognição), tem por objetivo estabelecer e desenvolver métodos que permitam entender as bases neurobiológicas relacionadas aos fenômenos mentais e à condição humana, através de pesquisas rigorosamente controladas, cujos resultados se fundam em dados mensuráveis obtidos através de métodos científicos objetivos que se utilizam das melhores técnicas disponíveis (POSTLE, 2015, p. 3), como os eletroencefalogramas, as ressonâncias magnéticas e as tomografias cerebrais computadorizadas (SIE-

GEL; SAPRU, 2015, p. 505). As premissas básicas dos estudos neurocientíficos modernos são delineadas de forma didática pelo professor Bradley Postle, como se segue:

> A Neurociência cognitiva funda-se na suposição dominante de que todas as funções cognitivas derivam de propriedades físicas, químicas e fisiológicas do cérebro e do sistema nervoso central. Assim, todas as diferenças entre os indivíduos devem ser reduzidas a fatores físicos. Em humanos tipicamente desenvolvidos, contudo, estas serão microscópicas (p. exemplo, as conexões entre neurônios; níveis variáveis de concentração de transmissores químicos), e baseadas em diferenças genéticas e/ou de experiência de vida. (POSTLE, 2015, p. 8) (tradução nossa).

Por ocasião dos avanços tecnológicos, muitos estudos foram realizados por neurocientistas provenientes das mais diversas áreas de conhecimento relacionadas à temática da saúde mental a fim de melhor explicar certos comportamentos violentos, sobretudo os dos domínios da psicologia e psiquiatria. Tendo-se em conta as relações de crescente proximidade entre as chamadas ciências da natureza e o Direito, entre o pensamento científico e o pensamento jurídico, é notória a cada vez maior influência de tais conhecimentos e argumentos oriundos das chamadas "ciências duras" na produção teórico-prática do Direito Penal. Afinal, como ensina o eminente penalista José de Faria Costa, o Direito Penal "afirmará tanto mais a sua vigência e a sua eficácia – e com isso a legitimidade – quanto mais intensamente acolher, em toda a sua autonomia metodológica, teleológica e dogmática, os dados que a ciência lhe fornece" (COSTA, 2006, p. 109).

Essa tendência, por óbvio, reflete na possibilidade de utilização das evidências neurocientíficas nos tribunais penais com o fim de auxiliar os magistrados em sua compreensão de supostos comportamentos anormais manifestados por um certo ofensor, a fim de que avaliem o cabimento de uma eventual atenuação (ou até negação) de sua culpa jurídico-penal com a consequente realização da melhor justiça possível (COSTA, 2006, p. 110). Ou seja, determinar, nos tribunais, se presente e qual a severidade da influência dos fatores neurobiológicos no funcionamento do corpo e da mente humanos no momento da agressão. É aí que encontramos a intersecção entre a neurociência e as respostas às questões levantadas pela Síndrome Pré-Menstrual, ora entendida por anomalia psíquica, como se verá.

3. A síndrome pré-menstrual como anomalia psíquica

A primeira concepção deste padrão anormal de comportamento humano foi cunhada por Robert Frank (1931, v. 26, n. 5, p. 1053), que descreveu o que chamou de "tensão pré-menstrual" como uma síndrome a afetar exclusivamente mulheres, cujos sintomas bastante incômodos apareciam entre sete a dez dias antes da menstruação, e eram causados por uma oscilação hormonal, então atribuída a excesso de estrógenos no sangue:

> Essas pacientes reclamam de inquietação, irritabilidade, de estarem transtornadas, e de um desejo de encontrar alívio através de ações tolas e impensadas. Seu sofrimento pessoal é intenso e se manifesta em muitas ações imprudentes, e algumas vezes até repreensíveis. Não apenas possuem ciência de seu próprio sofrimento, como também sentem-se com peso na consciência em relação a seus maridos e famílias, pois sabedoras de que agem e reagem de forma insuportável. Dentro de uma ou duas horas após a chegada do fluxo menstrual, ocorre alívio completo tanto da tensão física quanto da mental. (FRANK, 1931, v. 26, n. 5, p. 1054) (tradução nossa).

Foi o referido ginecologista americano, desta forma, o responsável pelos primeiros estudos que vieram a colocar essa perturbação mental de origem neuroendócrina no rol de preocupações da comunidade científica, pois que até então não havia sido objeto de maior atenção de pesquisadores.

Estudos empíricos passaram a ser realizados de forma tímida, embora contínua, sobre a síndrome. Destaque-se nesse período o artigo do ginecologista Willard Cooke, que defendia uma maior atenção às especificidades dos processos mentais nas mulheres e às peculiaridades da psicologia feminina quando de uma análise de seus comportamentos (COOKE, 1945, v. 49, p. 457).

Já nos anos 1950, uma médica britânica, Katharina Dalton, que futuramente tornar-se-ia uma das maiores especialistas mundiais na doença, passou a investigar o fenômeno com maior vigor e introduziu, junto ao colega Raymond Greene, critérios de etiologia e fatores terapêuticos aptos a auxiliar na atenuação dos efeitos nocivos do que originalmente chamou de "Síndrome Pré-Menstrual" (GREENE; DALTON, 1953, v.1, n. 4818, p. 1008), sendo sua declarada intenção com essa nova terminologia a de garantir que o diagnóstico pudesse ocorrer mesmo quando ausente a tensão característica, ou ainda quando esta fosse sobrepujada por outro sintoma.

Esta síndrome era entendida, em síntese, como um conjunto temporário de sintomas psicossomáticos a afligir de forma recorrente certas mulheres, cujo termo inicial seria em torno de alguns dias antes do início das menstruações

(segunda metade do ciclo menstrual), e cuja cessação abrupta se daria por decorrência natural do fim do período menstrual. Os sintomas não deveriam, ainda, existir ou subsistir nas fases pós-menstrual ou pré-ovulatória, a fim de fixar-se uma limitação temporal para análise e definição precisa do diagnóstico (GREENE; DALTON, 1953, v. 1, n. 4818, p. 1009). Desde então, as pesquisas sobre saúde humana em muito evoluíram, sobretudo nos últimos vinte anos, e possibilitaram definir a Síndrome de forma mais objetiva, além de estabelecer métodos mais efetivos para diagnóstico e tratamento.

Entenda-se então a Síndrome Pré-Menstrual (do inglês *Premenstrual Syndrome* ou *PMS)* como uma enfermidade que, segundo estudos epidemiológicos bastante recentes e representativos, afeta entre 30 a 40% da população feminina em idade reprodutiva (BAKER; O'BRIEN, 2012, v. 72, n. 2, p. 121), e apresenta-se patologicamente como um grande conjunto de variados sintomas recorrentes e cíclicos, de natureza psicossomática e fisiológica, (DENNERSTEIN *et al*, 2010, v. 16, n. 4, p. 145) que se tornam aparentes ou eclodem na fase luteínica do ciclo menstrual, trazendo toda espécie de problemas para a mulher (HALBREICH, 2009, v. 19, n. 6, p. 321). Os sintomas psicológicos mais comumente reportados atualmente são depressão, ansiedade, oscilações de humor, raiva, irritabilidade, anedonia e letargia. Já os físicos são mastalgia (inchaço nos seios), ganho de peso, cefaleias, dores nas articulações, dores musculares e cólicas abdominais (BAKER; O'BRIEN, 2012, v. 72, n. 2, p. 122).

Embora as estimativas acima apresentadas evidenciem que uma proporção considerável da população feminina é tida por acometida pela patologia, apenas uma pequena parcela desta se enquadra numa classificação de sintomatologia considerada como de natureza moderada a intensa (RIVERA-TOVAR; FRANK, 1990, v. 147, n. 12, p. 1636), severa (TAKEDA *et al.*, 2006, v. 9, n. 4, p. 212) e/ou debilitadora (JOHNSON *et al.*, 1988, v. 33, p. 340).

O professor Robert Reid, por exemplo, facilita a compreensão da questão ao diferenciar didaticamente o que caracteriza um caso de síndrome pré-menstrual dos ordinários e corriqueiros desconfortos menstruais que acometem todas as mulheres:

> Uma típica sofredora da Síndrome Pré-Menstrual (*PMS)* pode descrever-se como uma trabalhadora produtiva e uma boa mãe durante a maior parte do mês. Entretanto, por volta de algum tempo após a ovulação (frequentemente 7-10 dias antes da menstruação) ela acorda pela manhã com sensações de raiva, ansiedade, ou tristeza. No trabalho, ela pode experimentar sensações de paranoia e imaginar que seus colegas a estão provocando. Em boa parte das vezes relatará que encontra dificuldades em concentrar-se em suas tarefas. Ela percebe

> que reage excessivamente a coisas que seus filhos normalmente fazem pela casa, e isso a faz sentir-se uma mãe ruim. Ela pode sentir-se pra baixo, mas é incapaz de entender o porquê, visto que sabe ter um bom marido, um bom trabalho, e filhos saudáveis e felizes. Podem ainda relatar que coisas pequenas ditas por seu marido mostram-se suficientes para iniciar uma briga, e nada do que ele diga é suficiente para apaziguá-la. Embora ela sinta necessidade de ser abraçada e confortada durante esse período, relata que não aguenta ser tocada. Pode tentar isolar-se ao trancar a porta do quarto ou desligar seu telefone. *Ocasionalmente depressão, agressividade, ou ansiedade podem ser extremos, resultando em preocupações com o bem-estar da mulher afetada ou dos membros de sua família.* (REID, 2014, p. 5) (tradução nossa) (grifo nosso).

A parte final do caso clínico apresentado é que desperta o interesse para as questões ora em debate, pois que tais sintomas, resultantes de uma resposta anormal do sistema nervoso central às flutuações hormonais (oscilações drásticas nos níveis de estrógenos e progesterona no sangue) ocorridas no ciclo reprodutivo feminino, levam a alterações emocionais cujas repercussões comportamentais mostram-se aptas a resultar em danos consideráveis às atividades cotidianas e também na deterioração das relações interpessoais da doente (REID; YEN, 1981, v. 139, n. 1, p. 86).

A severidade e duração desses sintomas varia de pessoa para pessoa, e também durante os diferentes ciclos de uma mesma mulher, mas é constante o fato de que afeta drasticamente a qualidade de vida e as relações sociais e econômicas da mulher (ZOLA, 1966, v. 31, p. 629). Mais do que isso, pode causar, numa minoria dos casos, problemas súbitos de temperamento e instabilidade de comportamento que resultem em atitudes antissociais sérias e impensadas (BOWEN *et al.*, 2011, v. 33, n. 9, p. 934) como o cometimento de crimes, por exemplo, que são os eventos que interessam ao presente estudo.

Em reforço ao já exposto, cabe destacar a recente inclusão no Manual de Estatística e Diagnóstico das Perturbações Mentais (*DSM-5*) de uma variante psiquiátrica a englobar os casos graves de Síndrome Pré-Menstrual: o chamado Transtorno Disfórico Pré-Menstrual (*Premenstrual Disphoric Disorder ou PMDD)* (WEISZ; KNAAPEN, 2009, v. 68, p. 1498). Esses critérios do *DSM* configuram-se nas *guidelines* mundialmente reconhecidas e seguidas para a distinção do que é ou não doença mental, tanto para a prática clínica, quanto para investigação.

Desta forma, com base na forte evidência científica obtida nas últimas décadas, a *American Psychiatrical Association* (2013, p. 4) incorporou a Síndrome

Pré-Menstrual dentre as perturbações psíquicas mentais de interesse à psiquiatria, o que vem a reforçar a argumentação no sentido de tratar-se efetivamente de doença mental que possa ensejar em causa atenuante ou excludente da imputabilidade penal.

A título prévio ao ingresso nas questões relativas à Síndrome e à culpa penal nos tribunais, cabe referir por fim a um estudo realizado pela doutora Dalton, empreendido no decorrer de um período total de seis meses no ano de 1961, em que entrevistou 386 mulheres recém-condenadas numa prisão britânica, relatando como resultado o fato de que representativa proporção – 49% – das condenadas haviam cometido seus crimes por volta dos quatro dias anteriores à menstruação, e ainda que 63% das acometidas pela síndrome haviam cometido seus crimes enquanto sofriam de diversos sintomas psicofísicos (1961, v. 2, n. 5269, p. 1753), aclarando-se a hipótese de haver, de fato, uma relação bastante significativa entre a atividade criminal e o período do ciclo menstrual.

Mais uma vez, demonstra-se evidente a importância da pouco conhecida perturbação mental que o trabalho propôs-se a analisar. Sem mais delongas, adentremos o complexo debate sobre a Síndrome Pré-Menstrual como possível argumento de defesa em seara criminal.

4. A NEUROCIÊNCIA E OS REFLEXOS DA SÍNDROME PRÉ-MENSTRUAL NO ÂMBITO DA CULPA EM DIREITO PENAL

Conforme anteriormente referido, as últimas décadas têm sido marcadas por uma crescente e permanente ingerência das pesquisas das ciências naturais nos domínios do Direito Penal. Os conhecimentos especializados têm sido crescentemente utilizados pelos operadores do Direito e pelos legisladores a fim de embasar de forma segura e científica as tomadas de decisões em casos complexos, em que o *know-how* do âmbito jurídico falha *per si* em solucionar adequadamente as questões postas em debate (FONSECA *et al*, 2008, p. 3).

Muitos destes conhecimentos neurocientíficos adentram pelas portas dos parlamentos a fim de auxiliar a tomada de decisões legislativas quanto à viabilidade ou não de permitir certos métodos de busca da verdade em processos judiciais, e também dos tribunais, através dos pareceres de peritos convocados para auxiliar a realização da justiça penal em casos que envolvam, para o que interessa, questões relativas à culpa criminal e/ou a adequação e eficácia das penas aplicadas, buscando explanar, para além do senso comum, os quês e porquês de um ou outro criminoso merecer tratamento diferenciado quanto à censura destinada a um injusto penal (FAIGMAN, 2008, p. 304-310).

Deve-se ter em conta que, para que se reconheça a existência de um crime, não basta a mera existência de uma conduta humana típica e ilícita. A doutrina majoritária, pelo contrário, posiciona-se no sentido de que somente haverá necessidade de censura e reprovação penal após o percurso de três etapas sucessivas de análise de uma suposta infração penal (teoria tripartida) à luz dos elementos integrantes do conceito de crime: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade (NUCCI, 2011, p. 174). Nesse sentido, o professor doutor Germano Marques da Silva leciona que:

> (...) o crime é um facto voluntário, um comportamento humano. Mas para que esse comportamento humano possa ser considerado como criminoso, é necessário submetê-lo a uma tríplice ordem de valoração (...). (SILVA, 2015, p. 12).

Para que exista um crime, então, a conduta deverá ser, para além de tipicamente antijurídica, possível de ser reprovada ao seu agente, ou seja, culpável. É na análise da culpabilidade em seus três elementos – a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa – que se verifica a possibilidade de se considerar um agente como responsável por uma infração penal e a submissão de sua pessoa à censura do poder punitivo estatal (CAPEZ, 2012, p. 323).

É nesse sentido que se posiciona também o saudoso jurista português Eduardo da Silva Correia, que afirma que devem ser analisadas as circunstâncias endógenas e exógenas que limitaram a liberdade do homem e influenciaram em sua decisão de agir, entendendo que "para se poder censurar o agente por não ter actuado de modo diverso, e, portanto, para o tornar culpado pelo facto, será sempre necessário averiguar se ele, no caso concreto, tinha a suficiente liberdade de determinação" (CORREIA, 2004, p. 322).

Em regra, haverá normalidade quanto à livre vontade e à liberdade de escolha e ação dos agentes criminosos quando do cometimento de um certo fato ilícito. Para tais casos, não haverá maiores dificuldades ao magistrado no reconhecimento da culpabilidade penal do sujeito. Há, contudo, casos de indivíduos cujos atos ilícitos não derivam de manifestações verdadeiras de sua livre vontade, seja por ocasião de estarem sob o efeito de doenças mentais de natureza permanente, seja por incapacidades transitórias decorrentes de perturbações mentais, em que se evidencia na verdade dos fatos uma patente anormalidade em seus padrões comportamentais. Em suma, lhes era ausente a "capacidade prática de dominar e dirigir os próprios impulsos psíquicos, de ser motivado por valores e a liberdade de agir em conformidade" (SILVA, 2015, p. 266).

Nos casos concretos como os referidos, quando se questiona a capacidade do agente poder ou não agir livremente, quando se põe em dúvida a manifestação de sua livre vontade por conta de perturbações mentais sobre as quais não detém controle, é que se torna necessária a cautelosa análise da presença ou não do elemento constitutivo da culpabilidade que ora interessa: a imputabilidade penal. Afinal, o cometimento de um crime deve ser sempre uma escolha do sujeito, um ato livre de expressão dos seus íntimos espaços de vontade. Não havendo tal liberdade, tal capacidade de proceder consciente e voluntariamente, não parece que a lógica tradicional e comum da retribuição penal possa ser aplicada com justiça (ALMEIDA, 2002, p. 1006).

De forma breve, pode-se afirmar que a imputabilidade penal é a capacidade mental plena do sujeito para, no momento de sua ação ou omissão, poder entender o caráter ilícito do fato e controlar sua própria vontade de acordo com esse entendimento (MASSON, 2014, p. 191). Assim, para que seja considerado imputável, o sujeito deve estar não apenas no pleno exercício de suas faculdades mentais – o elemento da intelecção – de forma a compreender a ilicitude da conduta e motivar-se de acordo com a norma, mas encontrar-se simultaneamente no completo domínio de seus impulsos de vontade, de forma a que possa agir conforme esse prévio entendimento – o elemento da vontade (CAPEZ, 2012, p. 332).

Conforme já visto, levanta-se ora o argumento de que os efeitos severos causados pela Síndrome Pré-Menstrual (enquanto doença mental) deveriam negar, ou ao menos atenuar, a culpa criminal das rés que dos efeitos severos desta padecessem no momento do cometimento dos fatos ilícitos.

Feitas as pertinentes considerações de caráter introdutório, adentremos então a apresentação de alguns casos paradigmáticos em que teve sucesso a defesa penal sob tais bases, seguida de análise minuciosa das duas principais espécies de atenuação de culpa que a doença pode fundamentar: a inimputabilidade e a imputabilidade diminuída.

4.1. Casos paradigmáticos

A primeira menção à real possibilidade de a Síndrome Pré-Menstrual poder ser utilizada como argumento de defesa em prol de uma eventual redução ou óbice à comprovação da culpa jurídico-penal nas cortes é encontrada num jornal internacional de medicina de 1953, em que Howard Leoner Oleck propôs aos colegas advogados e promotores, envolvidos em casos em que se tratasse de ré em processo criminal, que atentassem para o fato de haver uma possível ligação entre a sintomatologia da Síndrome Pré-Menstrual e o crime cometido,

passível de servir de fundamento a uma hipótese de alegação de insanidade (EASTEAL, 2010, v. 31, p. 4). Esta nota, porém, teve ínfima repercussão para o meio jurídico em geral.

Os casos envolvendo a síndrome atingiram um maior grau de relevância (e também as manchetes no Reino Unido) nos anos 1980-1983, com dois casos bastante notórios que chegaram às cortes criminais britânicas, todos envolvendo depoimentos da supramencionada especialista Katharina Dalton, em que os argumentos de defesa que pleiteavam atenuação da responsabilidade criminal foram acatados pelos julgadores (EASTEAL, 2010, v. 31, p. 5).

O primeiro deles, *R V. Craddock*, envolveu o caso de uma garçonete que esfaqueou até a morte uma colega de trabalho. Sandie Craddock possuía diversos e numerosos antecedentes criminais, que envolviam crimes como furto, agressão e incêndio. Embora considerada responsável pelo crime, foi aceito o argumento de que suas funções mentais encontravam-se restringidas e debilitadas, e que a síndrome fez com que ela agisse fora de seu caráter normal. Com base em diários e relatórios das instituições prisionais por onde a criminosa tinha passado, evidenciou-se que havia um padrão cíclico e constante nas épocas em que manifestava comportamento alterado e violento. O julgador, então, ordenou a suspensão do processo por três meses e ordenou que a ré passasse a ser medicada com progesterona, a fim de analisar-se se os sintomas deixariam de se manifestar com a gravosidade que era peculiar. Por fim, o magistrado aceitou a condição de Craddock como um fator atenuante de sua responsabilidade criminal, e sua condenação deu-se na forma atenuada do crime: homicídio culposo – *manslaughter* – ao invés de homicídio doloso – *murder* – com a consequente redução das reprimendas penais e posterior liberdade condicional (EASTEAL, 2010, v. 31, p. 6).

Já no segundo caso, *R vs English*, tratava-se de um homicídio cometido por Christine English, uma mulher sem quaisquer maus antecedentes que, após uma briga com seu namorado, arremeteu seu carro contra ele, provocando a morte do homem ao esmagá-lo contra um poste de iluminação. Levada a tribunal, foram apresentadas evidências e perícias médicas de que a acusada sofria de síndrome pré-menstrual na modalidade mais extrema, mais severa, e que havia agido sob a influência do transtorno disfórico, o que foi demonstrado pelo fato de ela ter iniciado a menstruação pouco após o crime, o que tornava notório o estágio do ciclo menstrual em que a mulher se encontrava antes do crime. Mais uma vez, o tribunal entendeu que a mulher havia agido por força de circunstâncias extremamente excepcionais, e condenou-a no crime de homicídio culposo. Posteriormente, foi colocada em liberdade condicional com

a restrição à ingestão de bebida alcoólica e uma suspensão por um ano de seu direito de conduzir veículos automotores (EASTEAL, 2010, v. 31, p. 7).

É importante ressaltar que na Inglaterra, a norma (*M'Naghten Rule*) que regulamenta a possibilidade ou não de prevalecer uma defesa por insanidade (equivalente à inimputabilidade no Brasil) possui critérios semelhantes aos utilizados em nosso ordenamento. Exige-se, para que seja acatada esta modalidade de defesa criminal, que seja claramente provado em tribunal o fato de que, ao tempo da prática do ato criminoso, o agente agia sob um defeito de raciocínio tal, originado da doença mental, que não lhe permitia saber nem a natureza e nem a qualidade do ato praticado ou, ainda que fosse ciente destas questões, não conseguisse evitar perpetrar o injusto (COELHO, 2007, p. 73).

Em ambos os casos, embora não tenha sido declarada a insanidade, foi aceita a tese da *diminished responsibility* (equivalente à nossa imputabilidade diminuída ou semi-imputabilidade), no sentido de que as perturbações emocionais associadas à síndrome interferiram de forma substancial, embora não absoluta, para o comportamento antinormativo das doentes à época das condutas. Esta possibilidade será tratada em tópico próprio destinado ao estudo da imputabilidade diminuída. Iniciemos, por ora, estudo mais detalhado acerca da questão da inimputabilidade penal.

4.2. Os pedidos de declaração de inimputabilidade e a negação da culpa penal

Ao tratar do tema da negação da culpa penal por reconhecimento de inimputabilidade, o eminente jurista português Jorge de Figueiredo Dias aponta para o fato de que são poucos os casos apresentados para solução pelo Direito em que será de tamanha importância a dialética entre as ciências humanas como o é a questão que envolve as alegações de inimputabilidade por doença mental (DIAS, 2001, p. 258).

O professor Dias alude ainda ao fato de que os recentes desenvolvimentos tanto do conhecimento penal, quanto das ciências naturais, devem ser tomadas como funções harmônicas e complementares, respeitando-se a divisão de tarefas, de forma a que se alcance maior justiça e eficácia na aplicação do *jus puniendi* (DIAS, 2007, p. 561). Essa posição é consoante à defendida por Faria Costa, que defende que o Direito Penal moderno, de matriz liberal-social deve aceitar, sem hesitação, dados científicos que o auxiliem a atingir seus fins de pacificação e justiça social, sem que isso signifique qualquer tipo de subserviência ou diminuição de importância da disciplina normativa frente ao universo do saber das ciências da natureza (COSTA, 2006, p. 109).

Conforme ensina o eminente penalista Cesar Roberto Bitencourt, a doutrina tem apontado a existência e a adoção pelos Estados de três diferentes sistemas de aferição dos critérios de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída: o biológico, o psicológico e o biopssicológico (BITENCOURT, 2012, p. 406).

No primeiro, também chamado de sistema francês ou etiológico, a verificação da inimputabilidade se resume a analisar a saúde mental do agente. Constatada e provada cientificamente a presença de alguma moléstia ou deficiência mental a acometer o sujeito, será excluída sua culpabilidade sem que seja necessária qualquer ulterior avaliação do julgador quanto às capacidades psíquicas do agente no momento do fato (BITENCOURT, 2012, p. 407).

Essa concepção se amolda ao que o professor Figueiredo Dias nomina de paradigma biopsicológico de análise da culpa, em que a ideia vigente é a de que o modelo de racionalidade a presidir as questões concernentes ao homem era o das ciências naturais, eminentemente positivista, cujo modelo de conhecimento universal e exclusivamente válido era o das ciências empíricas, causalísticas. O pressuposto de afirmação da culpa é relacionado a uma certa idade ou um nível mínimo de saúde mental, havendo uma estrita divisão de tarefas entre juristas e os peritos das demais áreas de conhecimento. O parecer do perito que constatasse a existência de uma enfermidade mental a afligir o agente era suficiente à exclusão da imputabilidade penal, havendo uma nítida divisão de tarefas entre os domínios jurídico e científico (DIAS, 2007, p. 561-565), senão refira-se às palavras do próprio autor:

> *Não* havia, pois, nesta perspectiva, lugar para *quaisquer conflitos, positivos ou negativos, de competência entre o aplicador do direito e o perito de ciências humanas* a quem fossem postas quaisquer questões juridicamente relevantes: *o que o juiz poderia querer saber era exatamente aquilo para cuja resposta o perito se sentia capacitado.* Saber, nomeadamente, se o agente sofria de uma *doença mental biopsicologicamente comprovável*, fosse permanente, temporária, ou mesmo acidental'; e, em caso afirmativo, se o seu grau de gravidade era tal que afectasse as suas *faculdades de entendimento, de discernimento e de avaliação* do facto cometido. (DIAS, 2007, p. 563) (grifos do autor).

O sistema psicológico, por sua vez, prescinde da constatação de uma enfermidade mental, bastando que ao tempo do crime se verificasse no agente uma restrição total ou significativa em sua correta apreciação da ilicitude do fato praticado (no elemento intelectivo) e de sua liberdade de autodeterminação perante esse conhecimento (elemento volitivo) (BITENCOURT, 2012, p. 407).

Por fim, temos o sistema biopsicológico normativo, como adotado pelo Código Penal Brasileiro para os casos de doença mental do art. 26, que aglutina os critérios dos dois sistemas referidos supra, sendo necessária a aferição simultânea de ambos os elementos (a prova da doença mental e a constatação de anormalidade psíquica a influir no comportamento do agente à época do delito) no caso concreto para que se possa reconhecer a inimputabilidade ou imputabilidade diminuída do sujeito (GRECO, 2011, p. 79).

Essa ideia é consoante ao paradigma normativo identificado pelo penalista Figueiredo Dias, em que houve uma reformulação do conceito de culpa defendido no paradigma biopsicológico, ultimando-se um abandono de um conceito meramente naturalístico e psicológico em prol de uma concepção de ordem dogmático-normativa do fenômeno como adotada pelo ordenamento jurídico pátrio e também pelo Direito alemão (DIAS, 2007, p. 565), sendo esta compreendida como uma mensuração da capacidade de o agente enfermo mental, no momento do fato, conseguir avaliar a ilicitude de seu comportamento e/ou, ainda, sua competência mental para autodeterminar-se de acordo com essa avaliação (DELMANTO, 2002, p. 52).

A consequência maior é a de que o perito convocado pelos tribunais afasta-se de seu papel anterior, em que tomava para si a exclusividade da análise e decisão acerca das questões de inimputabilidade do caso concreto, e torna-se, em rigor, um auxiliar dispensável do juiz (COSTA, 2006, p. 111). Seu papel passa a ser meramente o de responder às questões relacionadas à existência ou não da doença de forma a exercer influência à decisão final do magistrado, a quem caberá decidir sobre as questões normativas da inimputabilidade, como a liberdade da vontade e a culpa jurídico-penal (DIAS, 1995, p. 62-63).

De posse das informações apresentadas *supra*, tomemos agora em consideração, a título de análise, os critérios da legislação penal brasileira e o tratamento destinado pelo legislador à inimputabilidade por doença mental, como concretizado nos termos do art. 26, do Código Penal ora vigente, *in verbis*:

> Artigo 26 – Inimputáveis
>
> É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 2015, p. 6).

Para que se possa declarar um agente como inimputável e dar por inexistente sua culpa jurídico-penal individual, devem ser atendidos cada um dos requisitos dispostos em norma penal, em sede de análise do caso concreto. A

leitura atenta da redação do dispositivo evidencia a adoção pelo Direito Penal Brasileiro da ideia de ser necessária a conjugação dos critérios biológico (existência da doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado) e psicológico (a absoluta incapacidade de autodeterminação) para que se conclua pela inimputabilidade do agente (GRECO, 2011, p. 79). As questões relativas ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado (inimputabilidade por imaturidade) não serão objeto de tratamento no presente artigo, cujo enfoque será a questão das doenças mentais.

O primeiro passo é ponderar se a Síndrome Pré-Menstrual pode ser compreendida como uma doença mental ou, em termos do que já se apresentou, se esta se apresenta como enfermidade cujos mecanismos patológicos, quando operantes, possam promover desvios da normal conduta psíquica das agentes (GRECO, 2011, p. 80).

A doutrina brasileira tem defendido que a expressão "doença mental" deve ser interpretada em sentido amplo, de forma a englobar os mais diversos tipos de patologias que ocasionem perturbações mentais e psíquicas que suprimam do homem a sua plena capacidade intelectual e sua liberdade volitiva (MASSON, 2014, p. 192). Preferiu-se uma designação ampla, optando-se por um conceito aberto em detrimento da difícil e precária enumeração taxativa de anomalias e estados psíquicos mórbidos suscetíveis de fundamentar uma alegação de inimputabilidade.

O que se exige, hoje, é que estas moléstias mentais operem efeitos que eliminem ou afetem consideravelmente a possibilidade do agente de se comportar de outra maneira, ou seja, que tais doenças afetem o normal funcionamento do sistema nervoso central e substituam os fenômenos psíquicos normais por outros, alterando qualitativa e quantitativamente a personalidade, o conteúdo e a atividade da consciência dos sujeitos afetados (CORREIA, 2004, p. 338-339).

Como exemplos, pode-se encontrar na doutrina e jurisprudência questões de inimputabilidade decorrentes de patologias como psicoses, neuroses, esquizofrenias, paranoias, epilepsias, surtos esquizofrênicos (DELMANTO, 2002, p. 54), além de quadros toxicológicos de dependência de drogas que diminuem a consciência (CAPEZ, 2011, p. 333) e as demais doenças da vontade e enfermidades físicas que afetem negativamente as capacidades volitivas e intelectivas (NUCCI, 2011, p. 308-309).

Conforme as exposições doutrinais realizadas anteriormente, somadas aos estudos e evidências científicas apresentadas, não parece difícil compreender que nos casos mais severos da Síndrome Pré-Menstrual, (STERNFELD *et al.*,

2002, v. 99, n. 6, p. 1014-1015), constatada a ocorrência das dramáticas e súbitas alterações de comportamento e nos níveis habituais de agressividade, há sim configuração de uma típica doença mental.

O segundo passo é analisar se havia ou não capacidade da doente, ao momento do cometimento do fato criminoso, de avaliar a ilicitude de seus atos ou determinar-se de acordo com a avaliação, condição necessária para que haja responsabilidade criminal. Não basta, conforme se depreende da disposição legal, a mera comprovação do fundamento biopsicológico (a presença da doença mental) e uma mera transposição dos conhecimentos (ou resultados científicos) da psicologia ou da psiquiatria para o domínio da justiça (FONSECA *et al*, 2008, p. 6). É crucial determinar, para além da causa da enfermidade mental, a intensidade que esta exerceu sobre as capacidades psíquicas do agente durante a prática do fato, de forma a ser impossível exigir do agente que tivesse avaliado a ilicitude do seu ato ou se determinado de acordo com esta avaliação (DELMANTO, 2002, p. 53).

Uma preocupação importante que se tem manifestado é a de que as opiniões dos peritos forenses que sejam convocados a examinar as supostas anormais condutas das rés seja pautado em sólida qualificação especializada e na melhor metodologia científico-técnica possível (BLACKBURN, 2006, p. 26-29), a fim que seus pareceres tenham aptidão para convencer racionalmente os magistrados quanto às suas opiniões científicas e auxiliá-los na árdua tarefa de dar respostas eficazes e justas aos dilemas dos casos complexos.

A necessária preocupação com o rigor científico e a utilização do saber das ciências naturais nas questões forenses foi explicitada pelos autores do já referido Manual de Diagnósticos de Perturbações Mentais, o *DSM-V*, conforme se visualiza nos seguintes trechos das primeiras páginas do escrito:

> O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), da Associação Americana de Psiquiatria, é uma classificação de transtornos mentais e critérios associados elaborada para facilitar o estabelecimento de *diagnósticos mais confiáveis desses transtornos* (...) Um transtorno mental é uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no *comportamento de um indivíduo* que reflete uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental. *Transtornos mentais estão frequentemente associados a sofrimento ou incapacidade significativos que afetam atividades sociais, profissionais ou outras atividades importantes.* (...) *Informações adicionais, além das fornecidas pelos critérios diagnósticos do DSM-5, normalmente são necessárias para a realização de avaliações*

> *jurídicas em questões como responsabilidade penal, qualificação para compensação decorrente de incapacidade e inimputabilidade* (tradução nossa) (grifos nossos) (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 20).

Faz-se igualmente necessária a aferição do substrato normativo da inimputabilidade segundo os requisitos de prova e certeza dos tribunais, exigindo-se evidência de que a agente era absolutamente incapaz de autodeterminação nas circunstâncias concretas, a fim de que seja considerado como insuscetível aos juízos de censura e à imposição de penas criminais. Afinal, para que se impute um ato ao seu autor "necessário é que ele possua a razão, o discernimento e o poder de agir segundo as noções morais, pelo que estão excluídos os loucos e os possessos por forças divinas (...)" (ANTUNES, 2002, p. 53).

Sendo o foco do juízo de inimputabilidade penal a aferição da existência simultânea de ambos os substratos, será então de fundamental importância o parecer técnico e científico de uma perícia psiquiátrica, realizados conforme as preconizações da legislação processual e as já aludidas bases de segurança e *expertise*, a fim de auxiliar o juiz no convencimento sobre a existência da perturbação anormal na psique da ré no momento da conduta, e qual a gravidade e intensidade da influência sofrido pela mulher quanto às suas possibilidades de autodeterminação (Cabral *et al*, 2009, p. 189-190).

Após contato com esses auxílios especializados, caberá ao julgador, conforme já explicitado, a palavra final sobre a condição mental do agente e suas competências de entendimento e avaliação da conexão objetiva entre a pessoa e seu fato concreto. Em caso de resposta positiva para ambos os elementos da inimputabilidade nos casos das rés sofredoras da síndrome, será excluída sua culpabilidade penal.

Não há, assim, óbice algum para que se verifique a inimputabilidade das rés acometidas pela influência determinante dos efeitos psíquicos de um quadro de Síndrome Pré-Menstrual grave, pois que nestes casos, a fase operante da doença:

> (...) *destrói as conexões reais e objectivas no sentido da actuação do agente, de tal modo que os actos deste podem porventura ser "explicados", mas não podem ser "compreendidos" como factos de uma pessoa ou de uma personalidade* (...) Por isso o juízo de culpa jurídico-penal não poderá efectivar-se quando a anomalia mental *oculte* a personalidade do agente, impedindo que ela se ofereça à contemplação compreensiva do juiz (DIAS, 2007, p. 569-571). (grifos do autor)

Veja-se agora, por fim, como ficam as questões e possibilidades concernentes à outra modalidade de defesa em análise: a atenuação da responsabilidade penal através do fundamento da imputabilidade diminuída.

4.3. A defesa com base no reconhecimento de imputabilidade diminuída

Ausente hipótese concreta em seja possível alegar-se uma incapacidade absoluta de autodeterminação que possa culminar em uma declaração de inimputabilidade, nos termos do art. 26, *caput* do Código Penal Brasileiro, resta ainda outra hipótese de defesa, passível de fundar-se no mesmo artigo, mas em seu parágrafo único: a verificação da imputabilidade diminuída (ou semi-imputabilidade) e a incidência da causa especial de diminuição de pena ali prevista (GRECO, 2011, p. 80).

Conforme aponta Figueiredo Dias, o ponto defendido pela doutrina dominante é a de que há certos casos em que a incapacidade do agente para avaliar a ilicitude do fato não será absoluta (o que inviabiliza a alegação de inimputabilidade), mas estará presente em grau suficientemente diminuído (2007, p. 583), de forma a enquadrar-se nos termos a que refere o Dec.-Lei 2.848/40, *in verbis:*

> Artigo 26.
>
> (...) Redução de pena
>
> Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, p. 6).

As considerações realizadas de forma geral sobre a inimputabilidade valem igualmente para os casos ora em discussão. Deve-se ter em mente se a influência das condições mentais é necessária e suficiente a produzir uma influência decisiva nos elementos intelectivo e volitivo do agente e em seu grau de autodeterminação quando do cometimento do ato criminoso, provando-os em juízo. A diferença reside no fato de ser possível reconhecerem-se diferentes graus de severidade da perturbação psíquica, ou seja, de diminuição gradativa das normais capacidades psíquicas, como ocorre nos casos dos chamados "fronteiriços", portadores de situações residuais ou atenuadas de enfermidades mentais como oligofrenias e psicoses (BITENCOURT, 2012, p. 413). *In casu*, deve-se constatar se no caso concreto ocorreu uma turbação das faculdades

mentais do ofensor de forma a reduzir (mas não excluir) suas capacidades biopsíquicas de livre vontade e autodeterminação.

O professor Celso Delmanto aponta que é necessária a verificação de três requisitos para que se proceda ao reconhecimento da imputabilidade diminuída (ou responsabilidade diminuída, como a nomina o autor): a perturbação de saúde mental, a falta de inteira capacidade de entender a ilicitude do fato ou de orientar-se conforme essa compreensão, e a existência simultânea de ambos os requisitos no momento da ação ilícita (DELMANTO, 2002, p. 54).

Mais uma vez, por força de tudo o que já foi exposto, não parece haver qualquer óbice à possibilidade de aplicar-se os entendimentos por inimputabilidade, e também pela imputabilidade diminuída, a condutas perpetradas pelas rés que cometam delitos quando acometidas por forte influência agressiva e comportamental decorrente das perturbações mentais típicas das variantes mais graves da síndrome pré-menstrual.

As consequências jurídico-penais concernentes à declaração de inimputabilidade ou reconhecimento de imputabilidade diminuída, como a absolvição imprópria, a imposição de medidas de segurança, a obrigatoriedade ou não de redução da pena nos casos de culpabilidade diminuída, além de outras questões afins, excedem ao objeto do presente trabalho, rumando-se ora às conclusões.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar, em primeiro lugar, quão relevantes são, para o mundo da justiça penal, os estudos realizados pelos neurocientistas acerca da condição humana, suas fragilidades e as perturbações de comportamento. Além disso, ultimou-se demonstrar a evolução da neurociência e seu substrato científico, a fim de demonstrar como o estado da arte atual da ciência humana é seguro o suficiente para auxiliar os juristas em questões tão sensíveis quanto à culpa penal e a liberdade, domínios que vão além da suficiência dos saberes do senso comum ou exclusivamente técnico-jurídicos.

Espera-se, ainda, que tenha sido evidenciada para o leitor a indiscutível existência científica da Síndrome Pré-Menstrual e a possibilidade de amoldar-se ao conceito legal de doença mental, por ocasião da apresentação de sólidas e bem definidas bases para diagnóstico clínico, dos extensos e numerosos estudos sobre suas causas e sintomatologia, além do esclarecimento sobre as possíveis repercussões psicossociais no comportamento das doentes quando acometidas por suas variantes mais severas. Como doença psíquica reconhecida por toda a comunidade psiquiátrica, poderá ser objeto de perícia e, por

conseguinte, servir de fundamento a argumentos de defesa relativos à imputabilidade penal.

Buscou-se demonstrar que a síndrome pré-menstrual timidamente têm sido e pode, de fato, ser alegada como defesa apta a atenuar a culpabilidade de uma ré em processo criminal. Bastará que se comprove, no caso concreto, o preenchimento de ambos os elementos constitutivos do critério biopsicológico estabelecido pelo legislador, a fim de que prevaleça a defesa por inimputabilidade ou imputabilidade diminuída. Para tal fim, a lei permite que os tribunais possam, embora detenham a decisão definitiva sobre a questão, socorrer-se das perícias realizadas por peritos forenses qualificados e experientes.

A missão dos peritos, como visto, não é a de substituir o papel do juiz quando da avaliação da culpa jurídico-penal, mas provê-lo de saber técnico necessário à sua compreensão e percepção quanto à possível ocorrência de perturbações psicofisiológicas a atormentar as doentes no momento do fato e, se existente, em que grau de severidade alteraram suas competências mentais e sua autodeterminação frente ao ilícito. Deverá o magistrado, então, decidir em bases de bom senso e cientificidade acerca da necessidade e a espécie de reprimenda penal adequada à *fattispecie*.

Por fim, espera-se provada a pertinência e relevância da discussão ora perpetrada, e que o exame de tão complexa e pouco analisada problemática sirva de contribuição para uma melhor compreensão da importância da neurociência humana para o atingimento da melhor justiça penal. Afinal, somente uma conduta ilícita perpetrada com base na plena capacidade de consciência crítica e auto-reflexiva de um sujeito é que será capaz de legitimar teórica e pragmaticamente a imposição de uma pena àquele.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. A inimputabilidade por anomalia psíquica: questões jurídicas de ordem substantive e processual. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 43, n. 2, p. 1005-1018, 2002.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

_____. *Highlights of changes from DSM-IV-TR to DSM-5*. 2013 United States: American Psychiatric Publishing, 2013. Disponível em: [www.dsm5.org/documents/changes%20from%20dsm-iv-tr%20to%20dsm-5.pdf]. Acesso em: 05.01.2016.

ANTUNES, Maria João. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em razão de anomalia psíquica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

BAKER, L. J.; O'BRIEN, P. M. S. Premenstrual syndrome (PMS): a peri-menopausal perspective. In: *Maturitas*, v. 72, n. 2, p. 121-125, jun. 2012. Disponível em: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0378512212001119]. Acesso em: 03.02.2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

BLACKBURN, R. Relações entre Psicologia e Direito. In: *Psicologia Forense*, p. 25-49, Coimbra: Almedina, 2006.

BOWEN, R; BOWEN, A; BAETZ, M; WAGNER, J; PIERSON, R. Mood instability in women with premenstrual syndrome. In: *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, v. 33, n. 9, p. 927-934, set. 2011. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21923990#]. Acesso em: 03.02.2016.

BRASIL. Decreto Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro, 31 de Dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm]. Acesso em: 05.02.2016.

CABRAL, Ana Sofia; MACEDO, António; VIEIRA, Duarte Nuno. Da Psiquiatria ao Direito. In: *Revista Julgar*, n. 7, p. 185-196, 2009. Disponível em: [http://rihuc.huc.min.saude.pt/bitstream/10400.4/1126/1/Da%20Psiquiatria%20ao%20Direito.pdf]. Acesso em: 05.02.2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral:* (arts. 1.º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

COELHO, Cristina Maria Costa. *A Doença Mental (Des)Culpada* – Um modelo de avaliação da responsabilidade criminal. Coimbra: Almedina, 2007.

COOKE, Willard Richardson. The differential psychology of the American woman. In: *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, v. 49, p. 457-472, set. 1945. Disponível em: [www.ajog.org/article/S0002-9378(45)90002-0/abstract]. Acesso em: 03.02.2016.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal.* (com a colaboração de Figueiredo Dias). Coimbra: Almedina, 2004, v. 1.

COSTA, José de Faria. O Direito Penal e a Ciência: As Metáforas Possíveis no Seio de Relações Perigosas. In: *Anuario de la Faculdad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número extraordinário, p. 107-119, 2006.

DALTON, Katharina. Menstruation and Crime. In: *British Medical Journal*, v. 2, n. 5269, p. 1752-1753, dez. 1961. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1970933/]. Acesso em: 05.02.2016.

DELMANTO, Celso *et al. Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

DENNERSTEIN, Lorraine; LEHERT, Philippe; KEUNG; Lam Siu; PAL, Sadiah Ahsan; CHOI; Dooseok. A population-based survey of Asian women's experience of premenstrual symptoms. In: *Post Reproductive Health*, v. 16, n. 4, p. 139-145, dez. 2010. Disponível em: [http://min.sagepub.com/content/16/4/139]. Acesso em: 03.02.2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade Culpa Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais*: a Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Direito Penal Português – Parte Geral* – Tomo II: As consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

EASTEAL, Patricia L. Women and Crime: Premenstrual Issues. In: *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice*, v. 31, p. 1-8, jan. 2010. Disponível em: [http://aic.gov.au/media_library/publications/tandi_pdf/tandi031.pdf]. Acesso em: 04.02.2016.

FAIGMAN, D. L. The limits of science in the courtroom. In: *Beyond Common Sense: Psychological Science in the Courtroom*. London: Blackwell Publishing, 2008.

FONSECA, António C; MATOS, A.; SIMÕES, A. Psicologia e justiça: oportunidades e desafios. In: *Psicologia e Justiça*, p. 1-35, Coimbra: Almedina, 2008.

FRANK, Robert T. The hormonal causes of premenstrual tension. In: *Archives of Neurology and Psychiatry*, v. 26, n. 5, p. 1053-1057, nov. 1931. Disponível em: [http://archneurpsyc.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=645067]. Acesso em: 03.02.2016.

FRISTON, Karl. Beyond Phrenology: What Can Neuroimaging Tell Us About Distributed Circuitry? In: *Annual Review of Neuroscience*, v. 25, p. 221-250, mar. 2002. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12052909]. Acesso em: 04.02.2016.

GETZ, Glen E. *Applied Biological Psychology*. New York: Springer, 2014.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GREENE, Raymond; DALTON, Katharina. The Premenstrual Syndrome. In: *British Medical Journal*, v. 1, n. 4818, p. 1007-1014, mai. 1953. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/13032605]. Acesso em: 03.02.2016.

HALBREICH, Uriel. The diagnosis of premenstrual syndromes and premenstrual dysphoric disorder – clinical procedures and research perspectives. In: *Gynecological Endocrinology*, v. 19, n. 6, p. 320-334, jul. 2009. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09515904000182l5]. Acesso em: 03.02.2016.

JOHNSON, SR; McChesney, C; BEAN, JA. Epidemiology of premenstrual symptons in a nonclinical sample – Prevalence, natural history and help-seeking behavior. In: *The Journal of Reproductive Medicine*, v. 33, n. 4, p. 340-346, abr. 1988. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3367333]. Acesso em: 03.02.2016.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal* – Parte Geral Parte Especial. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PACKER, Herbert L. *The Limits of Criminal Sanction*. Stanford (CA): Stanford University Press, 1968.

POSTLE, R. Bradley. *Essencials of Cognitive Neuroscience*. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2015.

REID, RL. *Premenstrual Syndrome* [ENDOTEXT]. South Dartmouth (MA): MD text.com, 2014. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK279045/?report=classic]. Acesso em: 04.02.2016.

_____; YEN, SS. Premenstrual syndrome. In: *American Journal of Obstetrics and Gynaecology*, v. 139, n. 1, p. 85-104, jan. 1981. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/7006400]. Acesso em: 03.02.2016.

RIVERA-TOVAR, A. D.; FRANK, E. Late luteal phase dysphoric disorder in young women. In: *American Journal of Psychiatry*, v. 147, n. 12, p. 1634--1636, dez. 1990. Disponível em: [http://ajp.psychiatryonline.org/doi/abs/10.1176/ajp.147.12.1634]. Acesso em: 04.02.2016.

SAPOLSKY, Robert. *Biology and Human Behavior:* the Neurological Origins of Individuality. 2. ed. Virginia: The Teaching Company, 2005.

SIEGEL, Allan; SAPRU, Hreday N. *Essential Neuroscience*. 3. ed. Philadelphia (MA): Wolters Kluwer, 2015.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português – Teoria do Crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SCHLAG, Pierre. Commendary: Law and Phrenology. In: *Harvard Law Review*, v. 110, p. 877-921, 1997. Disponível em: [https://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/schlag/SchlagHLR.pdf]. Acesso em: 04.02.2016.

STERNFELD B; SWINDLE, R; CHAWLA, A; LONG, S; KENNEDY, S. Severity of premenstrual syndrome in a health maintenance organization population. In: *Obstetrics & Gynecology*, v. 99, n. 6, p. 1014-1024, jun. 2002. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12052592]. Acesso em: 04.02.2016.

TAKEDA, T; TASAKA, K; SAKATA, K; MURATA, Y. Prevalence of premenstrual syndrome (PMS) and premenstrual dysphoric disorder in Japanese women. In: *Archives of Women`s Hrealth*, v. 9, n. 4, p. 209-212, jun. 2006. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16761114]. Acesso em: 04.02.2016.

WEISZ, George; KNAAPEN, Loes. Diagnosing and treating premenstrual syndrome in five western nations. In: *Social Science & Medicine*, v. 98, p. 1498-1505, fev. 2009. Disponível em: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S027795360900046X]. Acesso em: 05.02.2016.

ZOLA, I. K. Culture and symptons: an analysis of patients presenting complaints. In: *American Sociological Review*, v. 31, p. 615-630, out. 1966. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/5977389]. Acesso em: 04.02.2016.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Considerações acerca da semi-imputabilidade e inimputabilidade penais resultantes de transtornos mentais e de comportamento, de Maria Regina Rocha Ramos – *RBCCrim* 39/215-229 (DTR\2002\814).

Lei 13.245/2016:
uma análise do caráter democrático do inquérito policial

Law 13.245/2016:
analysis of the character democratic of the police inquiry

Eujecio Coutrim Lima Filho
Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (RJ).
Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Estado da Bahia (BA).
Graduado em Direito pelo Instituto de Educação Superior Unyahna de Salvador (BA).
Colunista do Canal Ciências Criminais.
Professor Faculdade Guanambi (BA). Delegado de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.
eujeciocoutrim@hotmail.com

Recebido em: 04.04.2016
Aprovado em: 07.07.2016
Última versão autor: 10.08.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo visa analisar a importância da efetivação dos direitos fundamentais durante toda persecução penal, inclusive na fase investigatória. Como principal meio de investigação criminal, o inquérito policial, presidido pelo Delegado de Polícia, deve ser abordado à luz dos valores constitucionais como o devido processo legal (administrativo) e, dentro do possível à sua eficácia, os consequentes desdobramentos do contraditório e da ampla defesa. Assim, verifica-se a importância da análise da Lei 13.245/2016 que alterou o Estatuto da OAB garantindo maior participação do advogado no inquérito policial. Não obstante a timidez do legislador no desenvolvimento do tema, tem-se a atenção para uma investigação criminal que, sem perder o caráter inquisitivo e sigiloso, esteja em consonância com a aplicação de direitos ligados à dignidade da pessoa humana, desde que não atropele a legítima eficácia da investigação.

Abstract: This study aims to analyze the importance of enforcement of fundamental rights throughout criminal prosecution, including the investigation stage. As the primary means of criminal investigation, the police inquiry, chaired by the Chief of Police, should be addressed in the light of constitutional values such as due process (administrative) and, as far as possible to its effectiveness, the resulting consequences of the contradictory and wide defense. Thus, there is the importance of analysis of Law no. 13.245/16 which amended the Statute of OAB ensuring greater participation of the lawyer in the police investigation. Despite the legislator's timidity in the theme of development, there is attention to a criminal investigation, without losing the inquisitive and secrecy, is in line with the application of rights linked to human dignity, since it does not run over the legitimate effectiveness of research.

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito Policial - Direitos Fundamentais - Defesa. Democracia - Sistema Inquisitivo.

KEYWORDS: Police Inquiry - Fundamental Rights. Defense - Democracy - Inquisitive System.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Nova Redação do art. 7.º, XIV, do Estatuto da OAB - 3. Inserção do inc. XXI ao art. 7.º do Estatuto da OAB - 4. Observações acerca do caráter inquisitivo do inquérito policial - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente cumpre fixar duas importantes funções desempenhadas pelo inquérito policial. O inquérito policial possui função preservadora na medida em que sua prévia existência resguarda a liberdade do inocente e evita custos desnecessários ao Estado, pois inibe a instauração de um processo penal temerário e infundado. Ademais, por ofertar elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo e para acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo, pode-se dizer que o inquérito policial também possui função preparatória (LIMA, 2016).

Em um Estado Democrático de Direito a investigação policial deve ser realizada dentro dos limites legais. A CRFB de 1988 trouxe uma série de direitos e garantias objetivando preservar o núcleo básico da dignidade da pessoa humana. A eficiência da persecução penal, inclusive na fase investigatória, não está condicionada a violação de direitos fundamentais, os quais também devem ser efetivados no âmbito da Polícia Judiciária. A Autoridade Policial não pode se furtar em viabilizar garantias mínimas e direitos fundamentais do indivíduo, a decisão do Delegado de Polícia deve ser fruto da argumentação e da fundamentação jurídica, conformando-se com os valores constitucionais.

A Lei 12.830/2013, em seu art. 2.º, § 1.º, confirma que a autoridade policial mencionada pela legislação processual penal é o Delegado de Polícia, o qual exerce cargo privativo de bacharel em direito e exerce atribuições diretamente relacionadas à aplicação concreta de normas jurídicas aos fatos que lhe são apresentados. Deste modo, a função de polícia judiciária e a apuração das infrações penais exercidas pelo Delegado são de natureza jurídica (LIMA, 2016). Outrossim, o art. 144 da CRFB, ao disciplinar a segurança pública, atribuiu ao Estado o dever de preservar a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Ao Delegado foi dada a missão constitucional de comandar a Polícia Judiciária, um dos órgãos de segurança. Portanto, considerando que os direitos fundamentais

se revelam mais por princípios do que por regras, impõe-se ao Delegado uma maior atuação no campo da interpretação e aplicação das normas jurídicas.

O direito fundamental do indivíduo de ser investigado criminalmente de forma preliminar corrobora a devida investigação criminal constitucional. Assim, antes de iniciado o processo penal, como justa causa para realização de uma pretensão acusatória, urge a demonstração de prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, proporcionando ao Estado, por meio do Poder Judiciário que examinará os elementos investigativos e os expostos na respectiva ação penal, exercer o seu poder-dever de punir (SANNINI NETO, 2016). Portanto, tem-se a distinção entre o inquérito policial e a instrução processual. Enquanto o primeiro visa a obtenção de elementos aptos a justificar a propositura da ação penal, o segundo tem o objetivo de colher provas para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa. Ademais, o inquérito policial, além de auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação, pode subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou fundamentar uma decisão de absolvição sumária (LIMA, 2015).

A filtragem constitucional do Direito se dá através de uma releitura de toda ordem jurídica em consonância com os valores constitucionais. Essa filtragem, somada à elevação de temas infraconstitucionais em normas constitucionais, como é o caso do processo penal, traduz o fenômeno da constitucionalização do Direito que, com a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento, inclusive na esfera criminal – onde se insere a atribuição constitucional da Polícia Civil na apuração de infrações penais (art. 144, § 4.º, CRFB) –, fenômeno especialmente ligado aos direitos fundamentais, consiste em uma das mudanças decorrentes do neoconstitucionalismo que se desenvolveu sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, a dignidade humana passou a fazer parte da cultura jurídica brasileira. Trata-se, basicamente, de um direito do homem surgido em função da necessidade do reconhecimento de outros direitos da pessoa além dos direitos individuais. Paralelo ao surgimento de idéias jurídicas como a de espécie humana, houve a positivação dessas novas categorias de direitos fundamentais (BARRETO, 2010).

O atual modelo constitucional deve inspirar uma releitura de todo o processo penal. Isto posto, verifica-se que a exclusão da participação do indiciado na fase investigativa se coaduna com o autoritarismo estatal. Com tal característica, Gaviorno (2006, p. 151) infere que:

> (...) o advento do Estado Democrático de Direito, fundado no valor da dignidade humana, impõe que ao investigado deve ser reco-

nhecida a condição de sujeito de direitos, não mais se sustentando a condição de mero objeto de investigações.

De tal forma, vislumbra-se a importância do debate acerca da Lei 13.245/2016 que alterou o art. 7.º, XIV, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e acrescentou o inc. XXI e os §§ 10, 11 e 12 ao mesmo dispositivo legal. Primeiramente, como já ventilado tanto no art. 5.º, LV, da CRFB quanto na Súmula Vinculante 14 do STF, houve o desenvolvimento da disciplina legal sobre o acesso do advogado aos autos da investigação (policial ou não) e a respectiva responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade daquele que impedir o acesso visando prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer o acesso judicialmente. Em seguida, a citada lei inseriu o inc. XXI ao art. 7.º do Estatuto da OAB de modo que o advogado passou a ter o direito de assistir atos investigatórios, sob pena de nulidade absoluta.

É preciso pontuar que o direito de acesso é dirigido ao advogado do investigado, trata-se de uma prerrogativa a ser utilizada na defesa do investigado. Nessa linha de intelecção, o AG. REG. na Rcl 9.789, julgado pelo Tribunal Pleno do STF em 18.08.2010, por unanimidade negou vista aos autos do inquérito policial em razão do sujeito não figurar como parte investigada. Em momento algum a Lei 13.245/2016 determinou que a presença do advogado é indispensável às oitivas de testemunhas e vítimas, situação que conflitaria com a natureza, objeto e finalidade do inquérito policial (LOPES JR., 2016).

Em relação à Defensoria Pública, apesar de não estar sob a disciplina do Estatuto da OAB, não se pode negar os pontos de convergência dessas instituições no processo penal. Ademais, o art. 44, III, da LC 80/1994, traz regra semelhante à prerrogativa ora estudada (*"São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União (...) examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos"*).

De outro lado, a enriquecer a discussão, importante pontuar que na edição 21 de seu Curso de Processo Penal, Tourinho Filho (1999) acentuou que, por não haver acusação, não se pode falar na existência de defesa no curso do inquérito policial. Em relação ao conteúdo extraído do art. 5.º, LV, da CRFB, o autor explica que, por não existir acusado no inquérito policial, a interpretação que entende pela existência da defesa durante a fase investigativa resta equivocada. *"Por isso mesmo os Advogados dos indiciados, quando se fizer necessário o sigilo, não podem acompanhar os atos do inquérito policial"* (TOURINHO, p. 182).

Entretanto, as lições de Rogério Lauria Tucci (2016) esclarecem que o citado comando constitucional também é dirigido aos investigados em procedimento administrativo como é o caso do inquérito policial. Nesta linha, apesar do próprio legislador nacional não ter critérios claros de distinção entre as noções de processo e de procedimento, tem-se que o inquérito policial é um *"procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal"* (TUCCI, 2016, p. 476).

Nesta direção, à margem da discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do instrumento investigatório, cumpre enfatizar que a inobersavância do devido processo (ou procedimento) legal com a consequente violação de direitos fundamentais, desde o inquérito policial até a execução penal, tem gerado fatos objeto de julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, levando à responsabilização do estado Brasileiro pela ilegalidade dos atos (PINTO, 1999).

2. NOVA REDAÇÃO DO ART. 7.º, XIV, DO ESTATUTO DA OAB

A antiga redação do art. 7.º, XIV, do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) dizia serem direitos dos advogados (...) *"examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos"*.

Com a mudança provocada pela Lei 13.245/2016 o citado dispositivo legal passou a vigorar com a seguinte redação:

> "examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital".

Sobre as alterações pontua-se que, apesar de discutível, principalmente pela ausência de previsão constitucional expressa, têm-se, no panorama atual, outros órgãos, além da Polícia Judiciária, investigando infrações penais (STF, RE 593.727). Portanto, verifica-se que o texto original do Estatuto da OAB, compatível com a conjuntura de 1994, versava apenas sobre "repartição policial" e "inquérito policial". Desta maneira, a nova redação expressa que o advogado tem o direito de analisar os autos de qualquer procedimento investigatório (inclusive de natureza não criminal), não apenas o policial (alargando a interpretação da citada súmula vinculante), podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital como, por exemplo, através de fotografias.

Em regra, o acesso do advogado aos autos da investigação não está condicionado à apresentação de procuração. Contudo, conforme norma do art. 7.º, § 10, do Estatuto da OAB, a procuração será exigida quando se tratar de investigação sigilosa. Neste caso, conforme exigência do próprio art. 5.º do Estatuto da OAB, é necessário que o advogado esteja munido de procuração. Porém, nos termos do art. 266 do CPP, *"a constituição de defensor independerá de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório"*. Caso o investigado não esteja presente, tem-se a regra do art. 5.º, § 1.º, do citado diploma legal segundo o qual, *"o advogado, afirmando urgência, pode atuar sem procuração, obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período"*.

Em relação à exigência de procuração, entende-se pela derrogação do art. 13, parágrafo único, II, da Res. 13/2006, do CNMP (que regulamenta o art. 8.º da LC 75/1993 e o art. 26 da Lei 8.625/1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal), segundo o qual:

> (...) a publicidade consistirá: (...) no deferimento de pedidos de vista ou de extração de cópias, desde que realizados de forma fundamentada pelas pessoas referidas no inc. I ou a seus advogados ou procuradores com poderes específicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo.

No inquérito policial o sigilo deve ser decretado de forma fundamentada, não podendo se limitar à alegação de interesse social ou conveniência da investigação sem demonstrar os fatos concretos que originam tais fundamentos (GAVIORNO, 2006). De acordo com o art. 23 da Lei 12.850/2013, quando a investigação tiver como objeto organizações criminosas, decretado o sigilo pela autoridade judicial competente, o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa deverá ser precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

O próprio texto constitucional (art. 5.º, LXIII, CRFB) assegurou assistência de advogado ao preso. Como forma de garantir o preceito constitucional, essa assistência deve ser aplicada ao inquérito policial, salvo quando se tratar do sigilo interno inerente à eficácia das investigações ainda não realizadas ou não concluídas (LIMA, 2015). Não se pode olvidar que no curso das investigações podem existir diligências cujo sigilo é indispensável à sua finalidade (sigilo interno). É o caso, por exemplo, da interceptação telefônica, do levantamento de dados cadastrais do investigado ou até mesmo da busca e apreensão. Em relação às diligências em andamento e ainda não documentadas nos autos, o Delegado de Polícia poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou

da finalidade das diligências (art. 7.º, § 11, do Estatuto da OAB). A partir da documentação formal da diligência que tramitava em sigilo, tem-se a possibilidade de vistas ao defensor. Quanto ao sigilo externo, entende-se por aquele determinado para impedir a divulgação, ao público em geral, através da mídia, de informações essenciais às investigações, bem como evitar violação de direitos da personalidade do investigado (TÁVORA; ALENCAR, 2014).

Em relação a não implementação da prerrogativa inserida no novo art. 7.º, XIV, do Estatuto da OAB, por parte da autoridade com atribuição para investigar, a Lei 13.245/2016 adicionou a regra do § 12 ao citado artigo prevendo responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade daquele que, visando prejudicar o exercício da defesa, negar acesso ao advogado ou fornecer os autos de forma incompleta ou faltando peças que já foram incluídas. Além da responsabilização, o direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente também foi positivado. Neste caso, tem-se a possibilidade do advogado peticionar ao juiz requerendo o acesso completo aos autos. Ademais, a autoridade responsável pela investigação também estará sujeita, nos limites do art. 3.º, "j", da Lei 4.898/1965, à responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade ("*art.* 3.º Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional").

Caso o procedimento investigativo esteja concluso para exame da autoridade que o preside, os autos igualmente devem ser disponibilizados ao defensor, sob pena de responsabilidade, desde que, com base na noção de razoabilidade, não atrapalhe os prazos legais que tem de ser respeitados pela autoridade responsável. Nesta hipótese, por haver justa causa, não cabe falar em má-fé do Delegado de Polícia nem em violação de prerrogativa do advogado (SANNINI NETO, 2016).

3. INSERÇÃO DO INC. XXI AO ART. 7.º DO ESTATUTO DA OAB

A Lei 13.245/2016 também incluiu o inc. XXI ao art. 7.º do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) conferindo ao advogado o direito de assistir o investigado durante o interrogatório, depoimento e demais elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados podendo, inclusive, apresentar razões e quesitos, expondo-se às consequências da nulidade absoluta. Vale dizer que independe de demonstração de prejuízo, não se convalida pela preclusão e pode ser conhecida de ofício a qualquer instante.

> São direitos do advogado (...) assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do

> respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos (art. 7.º, XXI, a, da Lei 8.906/1994).

Sobre a importância de uma defesa técnica eficaz no curso do procedimento investigatório, como consequência de materialização de direitos fundamentais, Gaviorno (2006, p. 132) explica que:

> A garantia de assistência jurídica, pública ou privada, só pode ser compreendida como uma garantia técnica efetiva, não podendo exigir-se do advogado ou defensor público que assista passivamente aos atos praticados no inquérito, sem que possa se manifestar. Se dessa maneira fosse, não se poderia falar em garantia, mas numa mera formalidade inócua. Daí se afirmar que o caráter garantístico da Constituição de 1988 reclama uma reflexão calcada numa acepção asseguratória dos direitos fundamentais.

Não vigora mais o entendimento ainda remanescente no sentido de que os vícios ocorridos na fase investigativa consistiam em meras irregularidades, não promovendo nulidades processuais. O embaraço da assessoria do advogado ao seu cliente no depoimento ou interrogatório acarreta nulidade absoluta do ato. A consagração legal dessa mudança de paradigma, que já encontrava eco na doutrina e na jurisprudência, se coaduna com a concretização do Estado Democrático de Direito uma vez que *"a investigação policial tem força suficiente para embasar restrições à liberdade e ao patrimônio do cidadão"* (CASTRO; COSTA, 2016).

Assim, Aury Lopes Jr. (2016), rechaçando qualquer hipótese de relativização da matéria, entende que o interrogatório policial realizado sem a presença do advogado (impedido de participar ou ausente por motivo diverso) é nulo e não permite a valoração probatória. Contudo, constata que, *prevalecendo este entendimento, questões como a impossibilidade da defensoria pública em assistir toda demanda gerariam obstáculo à atuação policial.* Gaviorno (2006, p. 144), de forma mais abrangente, entende ser direito do indiciado a assistência por meio de defesa técnica que, na ausência de advogado constituído, deve se dar por meio de defensor público. *"Se o indiciado possuir advogado constituído, tem o direito de exigir que seu interrogatório se dê na presença deste. Se não possui advogado constituído por insuficiência de recursos e requerer a justiça gratuita, tem direito ao defensor público"*. De todo modo, mantendo o posicionamento acerca da impossibilidade de interrogatório policial na ausência de defensor,

Aury Lopes Jr. (2016) sugere que o Delegado de Polícia registre que deixou de realizar o interrogatório diante da ausência de advogado.

Na mesma direção segue Ruchester Marreiros Barbosa (2016) asseverando que a nulidade absoluta se refere ao conteúdo e não à forma. Desta maneira, a mera certificação formal de que o investigado foi informado do direito de permanecer calado, não é admitida como aplicação do *nemo tenetur se detegere* (princípio da autodefesa, ninguém é obrigado a produzir prova contra si). Portanto, a presença do advogado passou a ser indispensável à efetivação da não auto culpabilidade, sendo presumido o prejuízo oriundo de sua ausência, salvo quando se tratar de uma confissão qualificada onde o investigado consegue demonstrar elemento em seu benefício. Nesta linha, para ratificar uma prisão em flagrante diante da ausência de advogado ou defensor, *"o delegado deverá garantir seu direito ao silêncio, não admitindo ou atribuindo ineficaz sua confissão. A manutenção da sua detenção, após a captura, terá como fundamento qualquer outra prova, menos a confissão"* (BARBOSA, 2016).

De outro ponto de vista, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro e Adriano Sousa Costa (2016) entendem que a nulidade emana da prerrogativa do causídico e não da falta de defesa técnica a todo e qualquer investigado. Igualmente, Sannini Neto (2016) assegura que no caso em debate a nulidade decorre do cerceamento de uma prerrogativa do defensor e não em decorrência da ausência de defesa. Assim, como primeiro garantidor de direitos fundamentais, cabe ao Delegado de Polícia informar ao depoente ou interrogado a respeito de seus direitos constitucionais, em especial o de ser acompanhado por um advogado. Neste contexto, o interrogatório ou até mesmo o indiciamento poderá ocorrer sem a assessoria do advogado.

> Indo um pouco além e em consonância com o espírito da lei, recomendamos que os delegados de polícia constem de forma expressa em suas notificações para oitivas a possibilidade da pessoa ser assessorada por um advogado durante a formalização do ato. Aliás, em caso de indiciamento nos autos do inquérito policial, o ideal seria que a notificação do investigado deixasse claro o motivo pelo qual ele está sendo chamado na delegacia, viabilizando, destarte, o exercício da sua ampla defesa (SANNINI NETO, 2016).

Ainda é prematuro afirmar qual dos posicionamentos prevalecerá nos tribunais. Contudo, é necessário esclarecer que no caso em tela a intenção do novel diploma legal foi disciplinar direitos conferidos ao advogado no âmbito do art. 7.º do Estatuto da OAB. De tal modo, a exigência em comento se refere a uma prerrogativa do defensor e não do investigado de forma que, no âmbito da Lei 13.245/2016 que expressa a discutida causa de invalidade, o papel do Delegado

de Polícia é permitir o exercício de tal direito, sob pena de nulidade absoluta do ato. No entanto, é preciso destacar que, a assistência do advogado já era garantida no art. 5.º, LXIII, da CRFB, como um direito fundamental do "preso" desde 1988. Apesar disso, até o momento, os tribunais não tem se manifestado pela nulidade absoluta do ato investigativo realizado sem a presença do advogado ou defensor. O HC 139.412/SC, julgado em 09.02.2010 pela 6.ª Turma do STJ, tem o condão de ilustrar o entendimento jurisprudencial, anterior à publicação da Lei 13.245/2016, no sentido da dispensabilidade do advogado ou defensor na fase investigativa.

A nova redação do art. 7.º, XXI, do Estatuto da OAB, não trouxe a obrigatoriedade da presença do advogado ou do defensor na fase pré-processual. Trata-se de um respaldo legal em favor do advogado e não do investigado, uma faculdade no sentido de que, desejando, poderá acompanhar os citados atos investigativos. O exercício da ampla defesa, que deverá ser plenamente desempenhado na fase processual, surge de forma mitigada na fase pré-processual. "*Afinal, o art. 6.º*, V do CPP admite o emprego das regras do interrogatório judicial à fase policial apenas no que for aplicável, em respeito justamente à natureza inquisitiva do inquérito policial" (CASTRO; COSTA, 2016).

Todavia urge destacar que, o exercício de conformação entre o sigilo da investigação e os direitos fundamentais positivados nos incs. LXIII (o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado) e LXIV (o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial), do art. 5.º, da CRFB, permite afirmar que o acesso aos autos da investigação criminal é uma garantia do imputado (investigado indiciado ou não). Então, a novidade trazida pela lei que alterou o Estatuto da OAB diz respeito tão somente à garantia de um direito do advogado (BARBOSA, 2016). De tal forma, Sannini Neto (2016) propõe que regra semelhante, com tutela mais abrangente que a prerrogativa do advogado, seja acrescida ao Código de Processo Penal como um direito do investigado, principalmente no interrogatório atualmente visto também como instrumento de defesa.

Portanto, verifica-se que, em consonância com o texto constitucional transcrito acima, a oitiva do suspeito no âmbito do inquérito policial possui natureza de interrogatório. Trata-se de ato formal de natureza mista: meio de prova e meio de defesa (fortalecido com o advento da Lei 13.245/2016), devendo-se aplicar as regras do "interrogatório do acusado" previstas no CPP. Assim, como autodefesa, o investigado tem direito de participar do ato e conservar-se silente (sem lhe acarretar prejuízo), apontar provas ou confessar, "*adotando-se o art.*

187 do CPP, que prevê um procedimento para o interrogatório e que se divide em interrogatório de individualização (§ 1.º) e em interrogatório de mérito (§ 2.º), por força do art. 6.º, V, do CPP" (BARBOSA, 2016).

A nulidade absoluta decorrente da violação do art. 7.º, XXI, do Estatuto da OAB, diz respeito não apenas ao interrogatório ou depoimento, mas também aos demais elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente. Assim, as provas decorrentes do ato nulo também serão nulas como, por exemplo, o depoimento de uma testemunha indicada pelo investigado ouvido sem que a Autoridade Policial permitisse a presença do respectivo advogado. Igualmente, são nulas as diligências realizadas a partir de elementos investigatórios colhidos com o citado vício. O legislador inovou adotando a teoria da prova ilícita por derivação (frutos da árvore envenenada) na fase investigativa.

> Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham. Exemplo: graças à escuta ilegal efetivada, a polícia consegue obter dados para a localização da coisa furtada. A partir disso, obtém um mandado judicial, invade o lugar e apreende o material. Note-se que a apreensão está eivada do *veneno* gerado pela prova primária, isto é, a escuta indevidamente operada. Se for aceita como lícita a segunda prova, somente porque houve a expedição de mandado de busca por juiz de direito, em última análise, estar-se-ia compactuando com o ilícito, pois se termina por validar a conduta ilegal da autoridade policial (NUCCI, 2014, p. 71).

Buscando equilibrar direitos individuais com interesses da sociedade, parte da doutrina trabalha com a teoria da proporcionalidade permitindo, em situações excepcionais, o acolhimento de provas produzidas ilicitamente. São hipóteses em que a finalidade almejada, como a libertação de uma vítima sequestrada, justificaria a aceitação da prova ilícita. Entretanto, o sistema processual penal brasileiro, ainda imaturo na concretização de direitos e garantias individuais, necessita do não-relativismo em torno das questões legais que envolvem a proibição da prova ilícita. Ressalvados os conflitos constitucionais que, por envolverem direitos fundamentais de igual relevância, requerem um mandado de otimização, essa vedação se faz cogente (NUCCI, 2014).

Notoriamente seguiu-se o sistema da prova ilícita por derivação (art. 157, § 1.º, do CPP), admitindo-se o critério da prova separada (art. 157, §§ 1.º e 2.º, do CPP). Por conseguinte, a prova ilícita não pode gerar prova lícita, ao contrário, todas decorrentes da ilícita são igualmente inaceitáveis, ressalvada unicamente a prova de fonte independente (NUCCI, 2014).

> Verifica-se então que, conforme regra já prevista no art. 573, §1º, do CPP, o legislador determinou o emprego da teoria da nulidade derivada (ou princípio da contaminação) na esfera do inquérito policial. Contudo, em consonância com o art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, não serão consideradas ilícitas por derivação aquelas provas que não guardam nexo de causalidade com as outras ou que poderiam ser obtidas de forma independente. A teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, podendo ter sua aplicação limitada por outras teorias como a da "fonte independente", a da "descoberta inevitável" e a limitação da "contaminação expurgada". Sobre as limitações da prova ilícita por derivação, Renato Brasileiro de Lima (2015) destaca algumas teorias aplicadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o citado autor expõe que
>
> De acordo com a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária (...).
>
> De acordo com a teoria da descoberta inevitável, também conhecida como exceção da fonte hipotética independente, caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida (LIMA, 2015, p. 614-616).

Do art. 157, § 2.º, do CPP, também é possível extrair a teoria da mancha purgada ou da limitação dos vícios sanados ou do nexo causal atenuado ou da tinta diluída, segundo a qual a teoria da prova ilícita por derivação não é aplicada se o nexo causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em razão "*do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal*" (LIMA, 2015, p. 618).

Em relação à alínea "a", do novo inc. XXI, do art. 7.º, do Estatuto da OAB, deve-se destacar a oportunidade que é dada ao advogado em apresentar razões e quesitos que podem ser formulados durante o interrogatório, depoimento ou declaração, bem como no decorrer das investigações. Além de assistir o cliente, tal prerrogativa garante ao advogado justificar fatos e elaborar perguntas que colaborem com as investigações, desde que admitidas pela Autoridade Policial.

O ato deve ser dirigido pelo Delegado de Polícia a quem incumbe formular as perguntas que entender pertinente e relevante (CASTRO; COSTA, 2016).

Ao contrário da fase processual, onde as perguntas são inquiridas diretamente pelas partes, na fase do inquérito policial as perguntas devem ser realizadas por meio da Autoridade Policial. O Delegado de Polícia pode indeferir, de forma fundamentada, as perguntas (quesitos) formuladas pelo advogado, devendo registrar no termo de interrogatório ou de depoimento. Cita-se como exemplos as hipóteses em que a pergunta puder induzir a resposta, não tiver relação com a causa ou se referir a outra já respondida. Insta lembrar que o art. 14 do CPP permite que o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado requeiram diligências (por escrito, nos termos do art. 9.º do mesmo diploma legal), que será realizada, ou não, a juízo da autoridade que decidirá fundamentadamente. Nessa linha, Rogério Lauria Tucci (2016), citando Nagib Slaibi Filho, expõe que:

> Ainda no inquérito policial ou no auto de prisão em flagrante delito, tem o advogado poder de reperguntar, requerer diligências e providências que achar convenientes ao ato, sem prejuízo, é claro, da autoridade processante deferir, ou indeferir, sempre com fundamentação, o que lhe foi requerido.

Cumpre anotar que, a Lei 13.245/2016 também tentou inserir a alínea "b" ao art. 7.º, XXI, do Estatuto da Advocacia, permitindo ao advogado requisitar diligências no curso das investigações. Tal dispositivo foi acertadamente vetado tendo como razão a possibilidade de uma interpretação equivocada no sentido de que tal requisição teria caráter mandatório. Ademais, tem-se que semelhante interpretação já fora afastada pelo STF no bojo da ADI 1127/DF. Portanto, como visto, permanece a possibilidade de indeferimento fundamentado das perguntas ou diligências por parte da autoridade investigativa.

Neste ponto, tem-se as lições de Henrique Hoffmann Monteiro de Castro e Adriano Sousa Costa (2016):

> Do mesmo modo, o MP não pode requisitar diligências enquanto a investigação ainda está transcorrendo, sob a presidência exclusiva do Delegado de Polícia. Afinal, deve requisitar, após a remessa do IP relatado pela Autoridade Policial, apenas as diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16 do CPP).

A apresentação de quesitos prevista na lei diz respeito, essencialmente, aos quesitos periciais. Nessa esteira é preciso observar que o contraditório continua de caráter diferido quando se tratar de prova não repetível, ou seja, o exame não pode ser realizado em outro momento (o art. 159, § 5.º, II, do CPP, se

refere à indicação de assistente técnico no processo judicial). Entretanto, por se tratar de um contraditório diferido, as provas irrepetíveis revelam uma verdade mitigada, motivo pelo qual, desde que seja possível, o contraditório prévio se mostra como garantidor de uma verdade eticamente construída (BARBOSA, 2016). Igualmente, segue o entendimento de Antônio Scarence Fernandes:

> (...) maior dificuldade poderá surgir quanta às perícias realizadas na fase policial, sem prévia manifestação da defesa e que, muitas vezes, representam a comprovação da própria materialidade do crime. Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar a coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexiste suspeita contra pessoa determinada, a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de defesa (FERNANDES, 2002, p. 69).

Outro não é o magistério de Leonardo Greco, segundo o qual:

> (...) há provas que somente podem ser produzidas na investigação preliminar, como certas perícias (exame de local, exame de corpo de delito de lesão corporal). O essencial para a plenitude de defesa do réu é que, mesmo na fase policial, este tenha sido previamente informado da realização dessas provas, e que nessa produção tenha sido assegurada a sua participação eficaz, pessoalmente, através do seu defensor e de eventual assistente técnico (....) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão (GRECO, 2016).

Deste modo, o advogado poderá apresentar ao Delegado de Polícia razões fundamentando eventual desindiciamento (CASTRO; COSTA, 2016). Destarte, após análise técnico-jurídica do fato como garantido pelo art. 2.º, § 6.º, da Lei 12.830/2013, a Autoridade Policial concluirá pelo indiciamento (ou não) apontando a autoria, materialidade e circunstâncias do fato. Quanto à possibilidade da defesa apresentar razões e quesitos, Aury Lopes Jr. (2016) expõe que:

> Não se trata propriamente de uma grande inovação, na medida em que o art. 14 do CPP já dava espaço para isso, mas sem dúvida vai reforçar a participação da defesa e sua efetividade. Se bem empregada a faculdade, é possível fazer uma defesa escrita no final da investigação e postular, nos casos em que seja viável, o futuro pedido de arqui-

vamento pelo Ministério Público ao Juiz, já que nem a polícia, nem o MP, podem arquivar os autos da investigação instaurada. Então é uma faculdade importante e que deve ser bem manuseada conforme a estratégia defensiva.

4. OBSERVAÇÕES ACERCA DO CARÁTER INQUISITIVO DO INQUÉRITO POLICIAL

Em linhas gerais, no sistema inquisitório o sujeito que decide também determina a produção de provas de ofício (acúmulo de funções). No sistema acusatório, por sua vez, a gestão das provas não é do julgador que permanece como espectador. Logo, de acordo com essa conceituação, o inquérito policial continua inquisitório, cabendo ao Delegado de Polícia o comando do procedimento, praticando atos de investigação e decisórios, ressalvada a reserva de jurisdição. De tal modo, acusatório em sua totalidade, o sistema processual brasileiro comporta uma fase administrativa de traço inquisitorial que, no estrito cumprimento da legalidade, não guarda simetria (pelo menos não deveria guardar) com o sistema inquisitivo típico da justiça eclesial da Idade Média (GAVIORNO, 2006).

O Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 traz forte raiz inquisitorial, devendo ser iluminado pelos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional de 1988. Como visto, dentre outros direitos fundamentais, o contraditório e a ampla defesa, como desdobramentos do devido processo legal, são constitucionalmente garantidos tanto no processo judicial quanto no administrativo (art. 5.°, LV, CRFB). Considerando que o próprio legislador brasileiro admite a utilização da expressão processo para indicar procedimento, nele se enquadra, claramente, a ideia de qualquer procedimento administrativo e, por conseguinte, o inquérito policial (TUCCI, 2016). Portanto, como procedimento administrativo capaz de restringir bens essenciais da pessoa humana como o patrimônio e a liberdade, o inquérito policial deve ser reinterpretado sob a atual ótica constitucional (vale lembrar: pós 1941). Deste modo, apesar do pouco avanço legislativo, tem-se a garantia da participação da defesa como um progresso nessa busca de um inquérito policial condizente com o Estado Democrático de Direito. Antônio Scarence Fernandes (2002) defende que, por não ter que seguir uma sequência predeterminada de atos, o inquérito policial não se enquadra no conceito de procedimento administrativo. Não obstante, este entendimento parece incongruente à realidade diária do Delegado de Polícia que deve cumprir extensa série de atos investigatórios, a serem fundamentados, documentados e colacionados no inquérito policial, objetivando a elucidação da autoria e materialidade criminosa. Assim, assiste razão a Rogério

Lauria Tucci (2016) quando afirma que o inquérito policial é um *"procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal"*.

> (...) referendada a extensão dos direitos indicados no dispositivo constitucional aos "indiciados em processos administrativos", e sendo inequívoco, outrossim, como visto, que o inquérito policial é uma das modalidades de procedimento administrativo, não há como negar sua abrangência pelo novel regramento da Carta Magna da República (TUCCI, 2016).

No processo inquisitório apenas um sujeito, encarregado de buscar a verdade e decidir, se destaca de forma atuante. No processo acusatório a descoberta da verdade é incumbência de todos os sujeitos do processo (juiz, acusador e acusado). Portanto, as matrizes inquisitória e acusatória se diferenciam principalmente em relação aos sujeitos envolvidos no processo (GAVIORNO, 2006). A garantia da presença do advogado fortalece a defesa e o contraditório, mas não tem o condão de enquadrar o inquérito policial no sistema acusatório.

Assim, apesar de não se fechar precisamente em um conceito doutrinário a partir de características limitativas, pode-se falar que a iniciativa de produção de provas inerente à função investigatória marca o inquérito policial como inquisitório, o que não deve ser confundido com arbitrariedade. O Delegado de Polícia preside um procedimento essencialmente discricionário, mas possui o dever de fundamentar juridicamente seu entendimento. As conclusões e decisões tomadas pelo Delegado de Polícia legitimam-se democraticamente com escore no debate, na argumentação e na fundamentação orientada por valores tutelados como direitos fundamentais. Nesta linha, a participação da defesa, apesar de não retirar a condução probatória da Autoridade Policial, corrobora o caráter democrático e constitucional da investigação.

Como visto, tradicionalmente, o processo inquisitivo é marcado por ser secreto, não-contraditório e escrito, desconhecendo as regras da igualdade processual e considerando o investigado como mero objeto do processo. Entretanto, mesmo em um sistema inquisitivo, é possível que tais aspectos deixem de se apresentar. Mesmo que o contraditório e a defesa em uma investigação criminal não possam ser considerados plenos por faltar características típicas do sistema acusatório, os direitos fundamentais do indiciado devem ser tutelados no inquérito (CINTRA, 1998).

Apesar de inexistir vinculação entre a imputação penal realizada no inquérito policial e o curso do processo penal, regra geral, a investigação policial moldará a acusação. Deste modo, dentro das peculiaridades inerentes ao in-

quérito policial brasileiro, ainda que não seja possível o exercício do pleno direito à ampla defesa, o direito de defesa do investigado deve ser respeitado.

Importante observar que, embora justifique a natureza essencialmente inquisitiva do inquérito policial com base na não participação do suspeito na produção e indicação de provas, (NUCCI, 2014) confirma a tendência cada vez maior de contornar a investigação preliminar de garantias constitucionais no sentido de fortalecer o caráter democrático da investigação, bem como sua inegável força jurídica na elucidação de fatos criminosos, proporcionando ao Estado-acusação o desenvolvimento de seu mister.

Portanto, a alteração legislativa ora abordada não conferiu caráter acusatório ao inquérito policial. Mesmo com a inclusão do novo inc. XXI, ao art. 7.º do Estatuto da OAB, o inquérito policial segue inquisitorial. Isso não implica dizer que seja arbitrário ou que não cabem direitos ao investigado. A ausência de poder requisitório do advogado na fase investigatória intensifica a continuidade da característica inquisitorial do inquérito policial. Também não se pode ignorar que a eficácia da Polícia Judiciária em grande parte está ligada ao fator surpresa. Assim, se o encontro de fontes de prova estivesse condicionado a anterior participação da defesa, o sucesso da investigação restaria substancialmente comprometido. Entretanto, ainda que de forma atenuada, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser aplicados ao inquérito policial. O bom senso recomenda que se encontre um meio termo de forma a otimizar, o máximo possível, as garantias constitucionais. A presença do advogado na fase inquisitorial configura uma garantia de credibilidade do procedimento policial (CASTRO; COSTA, 2016).

Para Luís Roberto Barroso (2016), no constitucionalismo contemporâneo, o conflito de normas constitucionais é inevitável, uma vez que os textos modernos são dialéticos e tutelam bens jurídicos contrapostos, os quais devem ser solucionados por meio da ponderação em uma atividade criativa do intérprete.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode negar que a Lei 13.245/2016 proporcionou o amadurecimento do obsoleto entendimento no sentido de que as garantias fundamentais relacionadas ao devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, não incidem na fase investigativa. Outrossim, Como consequência da incidência das garantias constitucionais e de convencionalidade dos tratados e convenções de Direitos Humanos, a Súmula Vinculante 14 do STF, visando garantir o exercício do direito de defesa, o qual deve ser efetivado pelo Delegado de Polí-

cia, já havia estabelecido o direito do defensor ter amplo acesso aos elementos probatórios documentados (BARBOSA, 2016).

> Não fosse a cultura autoritária e à dogmática literal que se apregoou, mesmo após a Constituição de 88, inclusive pelo STF, de que o inquérito policial não há contraditório e ampla defesa, o artigo 14 do CPP já autorizaria que o advogado apresentasse "*razões e quesitos*", conforme veio previsto na alínea "a" deste mesmo inciso (BARBOSA, 2016).

O inquérito policial, principal instrumento de apuração de crimes, saiu fortalecido após o advento da nova lei. Uma persecução penal democrática, fundada nas normas constitucionais, requer a participação da defesa também na fase investigativa. Deve-se superar a ideia reducionista de uma investigação criminal descompromissada com direitos fundamentais (SANNINI NETO, 2016). As transformações legislativas ora estudadas mostram um desenvolvimento na investigação criminal que, sem perder o caráter inquisitivo e sigiloso, se aproxima da aplicação de direitos ligados à dignidade da pessoa humana, desde que não atropele a legítima eficácia da investigação.

A Lei 13.245/2016, apesar de não trazer grandes novidades em relação a direitos já consagrados constitucionalmente, tem o mérito de realçar o respeito ao outro na relação jurídica (o investigado), garantindo a participação da defesa dentro de um procedimento capaz de afastar direitos fundamentais do indivíduo como a intimidade, patrimônio e liberdade. Dessa forma, seguem as lições de Fauzi Hassan Choukr, citado por Sannini Neto (2016).

> (...) a dignidade da pessoa humana como fundamento maior do sistema implica a formação de um processo banhado pela alteridade, ou seja, pelo respeito à presença do outro na relação jurídica, advindo daí a conclusão de afastar-se deste contexto o chamado modelo inquisitivo de processo, abrindo-se espaço para a edificação do denominado sistema acusatório. Fundamentalmente aí reside o núcleo de expressão que afirma que o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou fora dela, desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado.

Deste modo, considerando-se a possibilidade de ato estatal apto a interferir em direito fundamental do indivíduo, a defesa pode ser exercida na fase administrativa da persecução penal, justificando a participação do indiciado, ressalvada a hipótese de conflito entre direito que se revele no caso concreto de igual ou maior importância, hipótese em que a restrição da participação da defesa deve ser devidamente fundamentada de modo a evitar arbitrariedades por parte da Autoridade Policial. Trata-se da necessidade de democratização do inquérito policial.

Os elementos colhidos no inquérito policial quando aptos a deflagrar a ação penal ou mesmo para rejeição da relação processual servem tanto à acusação quanto à defesa e servem também ao juiz. Esses elementos além de ter a função de formar a *opinio delict* autorizando o Ministério Público a promover a ação, poderão servir ao acusado que, no bojo das informações colhidas e materializadas no inquérito poderá encontrar elementos que sustentem um afastamento da acusação. Por outro lado, o próprio juiz, que naquele momento inicial do processo, não terá outros elementos além daqueles levados pelo inquérito para avaliar sua decisão de rejeição ou admissão da peça acusatória (GAVIORNO, 2006, 153).

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Lei 13.245/2016 exige mais do que o advogado na investigação criminal.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jan-15/lei-1324516-exige-advogado-investigacao-criminal]. Acesso em: 27.03.2016.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará,* Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. COSTA, Adriano Sousa. *Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio]. Acesso em: 27.03.2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FERNANDES, Antônio Scarence. *Processo Penal Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GAVIORNO, Gracimere Vieira Soeiro de Castro. *Garantias constitucionais do indiciado no inquérito policial:* controvérsias históricas e contemporâneas. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direitos e Garantias Constitucionais) – Faculdades Integradas de Vitória, Vitória, 2006.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo:* o processo justo. Disponível em: [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf]. Acesso em: 01.04.2016.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Salvador: Editora Jus-Podivm, 2015.

_____. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 4. ed. Salvador: Editora Jus-Podivm, 2016.

LOPES JR., Aury. *Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao]. Acesso em: 27.03.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PINTO, Adilson José Vieira. *O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 27, p. 251 - 264, jul./ set., 1999.

SANNINI NETO, Francisco. *Lei 13.245/2016: contraditório e ampla defesa na investigação criminal?*. Disponível em: [http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/lei-13-2452016-contraditorio-e-ampla-defesa-na-investigacao-criminal/]. Acesso em: 27.03.2016.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Devido Processo Penal e alguns dos seus mais importantes corolários*. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67232/ 69842]. Acesso em: 27.03.2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Considerações sobre o arquivamento do inquérito policial: requisitos e controle judicial (estudo de caso), de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 83/322-349, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/449-473 (DTR\2010\120);
- O advogado no inquérito policial, de Basileu Garcia – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/117-122 (DTR\2012\450170); e
- O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988, de Adilson José Vieira Pinto – *RBCCrim* 27/251-264, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 5/1117-1136 (DTR\1999\579).

Entre a lei e o juiz: os processos decisórios na definição de penas

Between legal order and jurisdictional practice: decision processes in sentencing

Maira Rocha Machado
Professora do Mestrado em Direito e Desenvolvimento da FGV Direito SP.
maira.machado@fgv.br

Recebido em: 24.04.2016
Aprovado em: 30.05.2016
Última versão da autora: 12.07.2016

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O objetivo deste texto é contribuir para a construção de um quadro analítico para observar os processos decisórios em matéria de penas. Mais especificamente, o texto busca oferecer subsídios para a reflexão sobre as situações nas quais o(a) juiz(juiza), diante das situações concretas do caso, considera muito elevada, e, portanto, injusta, a pena definida abstratamente pelo legislador. Para avançar sobre esta questão, o texto discute: (i) a Súmula 231 do STJ – que impede a redução da pena aquém do mínimo legal pela incidência de atenuantes – e sua confirmação pelo STF e (ii) uma decisão judicial canadense que permite observar a possibilidade de construir decisões sobre a pena com base na lei, na constituição e na jurisprudência, sem ter como ponto de partida a pena mínima prevista no tipo penal.

Palavras-chave: Cálculo da pena – Atenuantes – Pena mínima – Súmula 231 do STJ – Caso Smickle (decisão canadense que reconhece a inconstitucionalidade da pena mínima).

Abstract: This paper presents an analytical framework to observe theoretical and empirical aspects of sentencing. More specifically this paper addresses the cases in which the judge considers mandatory minimum sentences to high and therefore inadequate to a particular offence and offender. To develop this point, the paper discusses Superior Court decisions from Brazil and Canada.

Keywords: Sentencing – Mandatory minimum sentences – Mitigating factors – Superior court decisions in Brazil and Canada (R. v. Smickle).

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O problema de partida - 3. A decisão sobre a imputação e a decisão sobre a pena - 3.1. Um quadro descritivo para as normas e os processos decisórios - 3.1.1. Normas de comportamento e normas de sanção - 3.1.2. Processo de imputação e processo sancionatório - 3.2. Algumas implicações desta forma de observar - 4. A pena-padrão: uma questão de divisão de tarefas entre a lei e o juiz - 5. O mesmo problema, outras soluções: uma decisão sobre a pena no Canadá - 6. Observações finais - 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em[1] um momento no qual o Supremo Tribunal Federal parece ceder à pressão da sociedade civil para se abrir ao debate sobre a responsabilidade compartilhada entre os três poderes no tocante ao quadro trágico da superpopulação prisional, a discussão sobre os processos decisórios em matéria de penas apresenta-se como necessária e cada vez mais urgente[2] Estamos diante de uma complexa e muito extensa agenda de pesquisa que convida pesquisadores de diferentes áreas do direito e das ciências sociais à reflexão sobre as práticas cotidianas do sistema de justiça nos dias de hoje.[3] Diante desse quadro, este texto pretende contribuir para esta agenda de pesquisa de modo bastante específico, propondo um quadro analítico para observar esses processos, que permita explicitar algumas consequências teóricas e práticas da fragmentação normativa e institucional que caracteriza a divisão de tarefas em matéria de penas. No

1. Este texto elabora sobre um dos componentes do projeto de pesquisa "Pensar os direitos humanos e a escala de penas no Ocidente", desenvolvido em parceria com os professores Álvaro Pires e Margarida Garcia (Universidade de Ottawa). O projeto conta com o apoio do Conselho de Pesquisa em Ciências Humanas do Canadá (CNRH). Agradeço a Álvaro e Margarida pelo adorável e profícuo trabalho conjunto e, muito especialmente, pelos comentários e críticas à primeira versão deste texto. Agradeço também às perguntas e ponderações das juízas e juízes participantes do 2.º Fonape (Fórum Nacional de Alternativas Penais), realizado em fevereiro de 2016, em Salvador, onde as ideias principais deste texto foram apresentadas. Registro também um agradecimento especial as(os) pareceristas anônimas(os) da RBCcrim pela leitura e comentários ao presente texto.
2. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 27.08.2015. Para mais informações, consultar: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600]. Acesso em: 10 dez. 2015.
3. Refiro-me aqui ao interesse desta temática para constitucionalistas e filósofos do direito, além de sociólogos e antropólogos que se dedicam ao estudo do papel do juiz e da lei nas sociedades contemporâneas.

que toca à fragmentação institucional, este texto irá argumentar que, no Brasil, estamos ainda profundamente ligados a uma forma de compreender a divisão de tarefas entre o legislador e o juiz que atribui à prestação jurisdicional um papel preponderante na decisão sobre a imputação (absolver ou condenar) e, digamos assim, um papel coadjuvante na decisão sobre a pena. Nesta última decisão, o protagonismo ainda é atribuído ao legislador. Esta divisão de tarefas tem uma série de implicações na prática cotidiana dos tribunais e no modo como são debatidas e elaboradas as políticas públicas que incorporam o direito penal em suas estratégias de atuação. A dispersão normativa, por sua vez, refere-se ao fato de a localização das normas sobre as penas encontrar-se bastante fragmentada: o Código de Processo Penal regula a sentença, a Parte Geral do Código Penal estabelece as normas para a definição das penas na sentença, a Parte Especial do Código Penal e as leis especiais elencam as qualidades e quantidades das penas, a Lei de Execução Penal (em diante LEP) estabelece normas de sanção e de procedimento no decorrer da execução da pena e, ainda, a Constituição Federal estabelece princípios balizadores de todas as demais normas, como a proibição de penas cruéis e o direito à individualização das penas, entre vários outros.

Uma das maneiras de contribuir para a agenda de pesquisa em torno da complexidade do processo decisório sobre as penas é propor novas formas de descrever e, portanto, compreender o funcionamento das instituições do sistema de justiça criminal nesse domínio. "Novas" no sentido de diferentes do modo como são recorrentemente descritas pela legislação, pela jurisprudência e pela doutrina. É muito comum que estas três fontes de conhecimento sobre o direito organizem-se em função da alocação de determinadas questões no quadro normativo. De forma complementar, para observarmos este momento da atividade jurisdicional – a decisão sobre a pena – com a finalidade de descrever os arranjos normativos e institucionais que se formam ali – este texto busca distanciar-se das categorias e até mesmo da nomenclatura utilizada pela legislação, sempre que isso seja necessário para que o que está sendo observado possa ser descrito de modo a articular uma série de elementos que são, via de regra, discutidos separadamente. Um movimento desse tipo pode parecer desinteressante ao próprio direito. Isto é, pode parecer descolado e, portanto, inútil como material a ser mobilizado nos documentos internos à atividade jurisdicional – petições, recursos, sentenças etc. No entanto, o tipo de contribuição que este texto se propõe a dar alinha-se às pesquisas jurídicas que buscam alimentar de outro modo o estoque de conhecimento sobre o direito: ao observarmos um fenômeno conhecido com outras lentes (outras chaves de análise), podemos reconhecer nele aspectos e características que passavam

desapercebidos com as lentes que recorríamos até então. Nesse caso, não há conhecimento melhor ou pior, há descrições distintas, com diferentes implicações para os casos concretos e para o funcionamento do sistema de justiça, que podem se auxiliar mutuamente na compreensão de um determinado fenômeno, na identificação de problemas e na reflexão sobre outras formas de lidar com eles.

Do ponto de vista empírico, para além de se basear nos resultados obtidos em pesquisa realizada a partir de entrevistas com juízes e promotores que tematizaram sobre alguns "desconfortos decisórios" em matéria de penas, este texto analisa o debate sobre a interpretação da Súmula 231 do STJ e uma decisão judicial canadense, com o objetivo de mostrar que outras formas de pensar o processo decisório sobre a pena estão disponíveis na cultura jurídica ocidental. O interesse por essas ilustrações está justamente em renovar nosso "horizonte de possibilidades"[4] e, assim, ampliar a reflexão sobre o modo como decidimos a pena em nosso país. Como se verá a seguir, sistemas jurídicos tão distintos como o brasileiro e o canadense vivenciam problemas muito semelhantes em matéria de definição de penas.

2. O PROBLEMA DE PARTIDA

Em nosso país a pena adequada ao caso concreto pode não coincidir com a pena estabelecida em lei, em razão da rigidez do processo decisório sobre a definição das penas. Ao observarmos, por intermédio de diferentes métodos, a atuação do sistema de justiça brasileiro em matéria de penas é possível identificar situações nas quais os juízes aplicam – ou aplicariam – às situações concretas que têm diante dos olhos penas inferiores àquelas estipuladas, abstratamente, pelo legislador. Este texto parte deste problema muito pontual: as situações nas quais os magistrados consideraram a pena mínima prevista na legislação inadequada ou injusta para o caso concreto. Esta situação mostrou-se bastante recorrente em pesquisa realizada a partir de entrevistas com juízes e promotores, da primeira instância ao STF, em diferentes regiões do Brasil.[5] Um dos principais resultados da pesquisa diz respeito à ausência de instrumental jurídico para enfrentar a pena mínima em nosso sistema. De acordo com a pesquisa, diante de uma situação na qual o juiz considerou a pena mínima prevista no tipo injusta ou superior à que o indivíduo e o caso concreto deveriam rece-

4. Sobre a noção de "horizonte de possibilidades", ver Moeller, 2006.

5. Ver Machado et alli (2009) e Machado e Pires (2013).

ber, procederam à modificação da decisão sobre a imputação – para absolver o réu ou incluir uma causa de redução de pena, como a tentativa. Isto é, diante da ausência de mecanismos para enfrentar a pena mínima, com vistas a aplicar a pena justa ao caso concreto, desconstitui-se ou modifica-se a decisão sobre a imputação de responsabilidade. Estas situações não são captadas por intermédio da pesquisa jurisprudencial justamente porque não se documenta na sentença que a inadequação da pena mínima prevista no tipo seria a razão pela qual o réu foi absolvido ou teve os termos de sua imputação modificados. Trata-se de uma situação mais facilmente identificável por intermédio de pesquisa baseada em entrevistas com os magistrados com vistas a acessar o processo decisório sobre a pena que dificilmente fica documentado na sentença.

Mas, no âmbito jurisprudencial, esta situação de "desconforto decisório" diante de uma pena mínima considerada elevada para o caso concreto pode ser observada no questionamento da Súmula 231 do STJ em que se busca, justamente, reconhecer a incidência de atenuantes, reduzindo a pena aquém do mínimo legal. A Súmula 231, editada em 1999 pelo STJ, estabelece que "[a] incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Ao questionar a Súmula, magistrados buscam, por intermédio do reconhecimento das atenuantes aplicáveis à situação concreta, melhor ajustar a pena a ser aplicada ao réu, mesmo que isso implique redução aquém do mínimo previsto em lei. Antes e depois da Súmula 231 do STJ, a possibilidade de reconhecer circunstâncias atenuantes, como a confissão, a menoridade do réu, a reparação do dano, inúmeros casos foram debatidos nos Tribunais brasileiros. Após a edição da Súmula, foi esvaziada a discussão sobre o mérito da atenuação – que passou a se limitar à aplicação ou não da própria Súmula – mas isso não impediu que magistrados continuassem a aplicar uma pena inferior à pena mínima em função do caso concreto, mesmo diante da possibilidade de a pena ser reformada pelas instâncias superiores em razão da Súmula. Uma rápida pesquisa no site do STJ permite observar que, desde a edição da Súmula 231, quase duas centenas de acórdãos e 3.817 decisões monocráticas em *Habeas Corpus* a mencionaram expressamente. Observando em detalhe a lista de acórdãos, é possível identificar um número considerável – 104 – posterior à confirmação da Súmula 231 pelo STF, que ocorreu dez anos após a edição da Súmula, em março de 2009. Um estudo aprofundado seria necessário aqui, mas estas informações preliminares permitem afirmar que tanto a edição da Súmula 231 quanto sua confirmação pelo STF não impediram que

a redução da pena aquém do mínimo permanecesse sendo questionada perante o STJ.[6]

A Defensoria Pública da União levou a discussão ao STF em 2009 e os Ministros, em votação unânime, decidiram manter a Súmula 231. Na seção 4 abaixo, este texto apresentará em detalhes o percurso argumentativo e os fundamentos apresentados pelos diferentes atores que intervieram no caso.[7] Para além do rico material que este caso fornece para discutir os processos decisórios em matéria de penas, o que se fará na seção 4 abaixo, este caso permite visualizar a outra face do problema do qual parte este texto. De um lado, estão os magistrados que, operando a partir da legislação e das circunstâncias do caso concreto, são levados a considerar injusta ou inadequada a pena mínima estabelecida em lei. De outro, estão as implicações deste modo de decidir a pena no sistema de justiça criminal brasileiro. A pena imposta pelo STJ a este caso de roubo coincide com a pena imposta muito comumente pelo poder judiciário brasileiro para situações concretas muito distintas.

Esta situação foi analisada em dissertação de mestrado defendida em 2014 na Universidade de São Paulo dedicada ao estudo de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo em que foram impostas penas de 5 anos e 4 meses para

6. Levantamento preliminar realizado em 10.12.2015 por intermédio da expressão "Súmula 231" no motor de busca do site do STJ. Pesquisas posteriores precisariam percorrer ao menos as ementas da população de 4.000 decisões, ou de amostra representativa, para filtrar os casos nos quais as instâncias inferiores enfrentaram a Súmula (e o STJ reformou) dos casos nos quais todas as instâncias não aplicaram a pena aquém do mínimo apesar da existência de atenuante, justamente em razão da Súmula – como no trecho a seguir: "Reconheço a atenuante da menoridade relativa, mas não a considero na dosimetria porque estabelecidas reprimendas mínimas (Súmula 231 do STJ)". STJ, HC 341140/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, publicado em 12.11.2015. Para um exemplo da primeira hipótese, ver STJ, REsp 1521746-RS, rel. Min. Jorge Mussi, publicado em 10.12.2015.

7. Neste momento do texto, importa antecipar que o caso concreto diz respeito a uma imputação de roubo por grave ameaça de um relógio de pulso e R$ 15,00, apreendidos e restituídos à vítima, praticado por um rapaz primário e sem antecedentes criminais. Diante da confissão do réu e da reparação do dano, o TJ/RS reconheceu a incidência das atenuantes e reduziu a pena aquém do mínimo para o roubo (4 anos), fixando-a em 3 anos e 5 meses. Com o acréscimo de 1/3 em virtude do uso de arma, no caso, uma faca, a pena final fixada pelo TJ/RS ficou definida em 4 anos e 6 meses, portanto, acima do mínimo. O Ministério Público recorreu ao STJ que, afirmando a Súmula 231, considerou inaplicável o reconhecimento das atenuantes, pois levariam a pena aquém do mínimo e, refazendo os cálculos diante disso, alcançou a pena final de 5 anos e 4 meses.

crimes de roubo com o aumento de pena previsto no art. 157, § 2.º do CP. O objetivo da autora foi observar se havia variação substancial nas características dos fatos concretos aos quais foi imposta a pena de 5 anos e 4 meses.[8] De modo mais amplo, a pesquisa oferece subsídios para testar empiricamente os efeitos de um processo decisório em que a pena mínima estabelecida pela lei prepondera sobre as circunstâncias do caso concreto.

A partir de uma amostra de 60 acórdãos julgados em 2011 pelo TJ/SP,[9] estudados detalhadamente tanto nos aspectos fáticos quanto jurídicos, a autora concluiu que "casos muito distintos" receberam a mesma qualidade de pena (prisão) e a mesma quantidade: 5 anos e 4 meses.

"... Há casos de violência física, de ameaça de morte com uso de arma, caso em que a vítima foi ameaçada com 'palavras', mas sem uso de arma ou violência física. Casos em que o acusado confessou todos os aspectos do crime, na polícia e em juízo e a confissão foi a principal prova para a condenação. Caso em que os acusados usaram várias armas de fogo, caso em que o acusado encostou faca no corpo da vítima e outro em que apenas 'retirou objeto da cintura, aparentando ser uma faca'. Há caso em que foram subtraídos R$ 18,00 e caso em que foram levados um carro, um notebook, duas filmadoras, quatro celulares e roupas, de uma vez. Casos em que os bens foram recuperados logo após o roubo e outros em que foram perseguidos e logo depois capturados" (p. 162).

No tocante à motivação das decisões, a pesquisa aponta que "a análise e a argumentação sobre a atribuição de culpa são muito mais profundas do que a análise sobre a aplicação da pena" (p. 159). Em uma média de 7 páginas por acórdão, apenas 4 parágrafos, também em média, foram dedicados à decisão sobre a pena. E. nos trechos dedicados à decisão sobre a pena, a autora observou que os fundamentos "são praticamente todos genéricos e aplic[áveis] a

8. Em pesquisa exploratória realizada pela autora, a partir de 494 acórdãos julgados pelo TJ/SP entre 01.07.2011 e 31.12.2011, a pena de 5 anos e 4 meses foi a pena imposta com maior frequência pelo Tribunal em crimes de roubo. Esta pena decorre do seguinte cálculo: pena base definida em função do mínimo legal (4 anos) somada ao aumento mínimo de 1/3 previsto no art. 157, § 2.º. A segunda pena mais frequente foi 5 anos e 6 meses, decorrente da pena base no mínimo (4 anos) somada a um aumento de 3/8, comumente utilizado quando há duas causas de aumento (FERREIRA, 2014, p. 22).

9. A autora desenhou uma estratégia de pesquisa baseada em amostra qualitativa definida por saturação (e não por amostragem probabilística) em razão de seu interesse por realizar um estudo qualitativo (análise do conteúdo das decisões e das formas de fundamentação), e não quantitativo (estudo de frequência ou incidência de determinadas circunstâncias). Para mais detalhes sobre a metodologia, ver Ferreira, 2014, p. 16-25.

diferentes situações" (p. 163). Além de casos sem qualquer fundamentação, a pesquisa identificou uso recorrente de expressões como "gravidade abstrata do crime", "periculosidade" dos acusados e "gravidade diferenciada". E, em relação a este ponto, conclui: "[o] que parece é que o caso concreto tem relevância até o momento em que é definida a condenação e a presença de causas de aumento ou diminuição. A partir disso, a pena é consequência dessa definição" (p. 164).

Essa pesquisa permite observar os efeitos do modo de decidir a pena que vigora em nosso país: a pena é fixada em razão do crime abstratamente definido em lei, e não em razão do crime concretamente cometido pelo réu. De acordo com a pesquisa, fatos concretos muito distintos receberam a mesma imputação (roubo com aumento de pena pelo uso de arma) e a mesma pena (5 anos e 4 meses de reclusão). As diferenças substantivas entre as características dos réus e dos atos por eles cometidos ficam obscurecidas pela adequação típica e pela pena mínima fixada no tipo penal. Para avançar a reflexão sobre este tema, a próxima seção busca oferecer um quadro descritivo distinto para observar os processos decisórios em matéria de penas.

3. A DECISÃO SOBRE A IMPUTAÇÃO E A DECISÃO SOBRE A PENA

Esta seção dedica-se a explorar a ideia segundo a qual a sentença penal contém duas decisões profundamente distintas: a decisão sobre a imputação de responsabilidade (absolver ou condenar) e a decisão sobre a pena aplicável ao indivíduo, em caso de condenação. Para caracterizá-las e diferenciá-las, a primeira parte desta seção apresenta duas ferramentas analíticas voltadas à descrição do quadro normativo e dos fluxos processuais: a distinção entre normas de comportamento e normas de sanção (3.1.a), e a distinção entre processo de imputação e processo sancionatório (3.1.b). A partir dessa tipologia, esta seção discute as diferenças entre a decisão sobre a imputação e a decisão sobre a pena a partir do tipo de norma que mobilizam e do papel que desempenham no decorrer da prestação jurisdicional. A segunda parte desta seção dedica-se a extrair algumas implicações desta forma de observar as sentenças (3.2).

3.1. Um quadro descritivo para as normas e os processos decisórios

3.1.1. Normas de comportamento e normas de sanção

O "quadro analítico para observação de normas em matéria penal", desenvolvido por Álvaro Pires a partir da obra de Hart (1961), ajuda a desnaturalizar "a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal" (PIRES, 2004b,

p. 40). De acordo com esta estrutura, a norma penal – ou o "tipo penal" como se diz no Brasil – caracteriza-se pela combinação de duas normas distintas: a norma de comportamento e a norma de sanção. Ao caracterizarmos desse modo a "norma penal", favorecemos a indissociabilidade entre elas e, consequentemente, perdemos de vista a diferença entre a norma de comportamento e a norma de sanção. E disso resulta formulações indicando, por exemplo, que o direito criminal só tem normas de sanção ou que a norma de sanção tem que estar tão predeterminada na lei quanto a norma de comportamento. Esta extensão exagerada ao princípio da legalidade tem por efeito uma restrição excessiva do campo discricionário dos tribunais para evitar o uso da pena de prisão ou para reduzir sua duração. Isso também reforça a lógica segundo a qual para cada crime previsto na legislação deve haver uma "receita específica" de pena. Em nossa cultura jurídica este quadro se agrava em razão de dois fatores: o rol muito restrito de consequências jurídicas que podem ser admitidas como "sanções" em matéria penal e os obstáculos para uma avaliação qualitativa (e não quantitativa) das atenuantes. Além da extraordinária preponderância das sanções prisionais na formulação dos "tipos penais",[10] outras consequências jurídicas possíveis como a reparação do dano, a conciliação ou o perdão da vítima não são observadas como tendo efeito sobre o uso e a extensão da pena de prisão – ou por não estarem previstas no "tipo penal" ou por atenuarem o grau de sofrimento que se pressupõe necessário às penas.

Para enfrentar os efeitos que esta estrutura normativa naturalizada impõe à reflexão sobre a legislação penal e sobre as dinâmicas institucionais, o "quadro normativo para observação de normas em matéria penal", adotado aqui, parte da distinção proposta por Hart (1961) entre dois níveis (e tipos) de normas. No primeiro nível, estão as normas que podem ser observadas como independentes de outras ou como *inteligíveis por elas mesmas* sem referência a outras normas (Hart, 1961, p. 105). Constituem as *normas de comportamento* que, nos termos de Hart, "dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não devem fazer" (1961, p. 119; 1986, p. 104, grifo nosso). A redação desse tipo de norma pode variar imensamente – desde "matar alguém" (art. 121, CP) até

10. O software Sispenas, contendo toda a legislação penal brasileira em vigor, permite identificar que mais de 96% dos 1688 tipos penais previstos em nossa legislação estabelecem sanções prisionais. O restante diz respeito a contravenções apenadas com multa exclusivamente, ao art. 28 da Lei de Drogas que não prevê pena de prisão e a possibilidades de perdão judicial e exclusões de ilicitude. Para mais detalhes, ver Machado, Machado e Andrade, 2009, p. 38.

formulações bastante extensas.[11] As normas do segundo nível, diferentemente, dizem respeito às normas que são *relativas a outras normas* ou que são *estritamente dependentes* de outras normas para serem compreendidas (Hart, 1961, p. 105). As normas de segundo nível coincidem, portanto, com as normas de sanção e de processo, entre várias outras.[12]

Esta distinção entre estes dois tipos de normas tem como efeito deslocar as normas de sanção do primeiro para o segundo nível – o que permite também visualizar que são normas *de outro tipo* e com outras funções. As normas de sanção, como as de processo, referem-se sempre às normas do primeiro nível (comportamento) e são, por isso, denominadas por Hart como "normas parasitárias" e cumprem na legislação uma função específica: dizer "*quem*, *quando* e *como* fazer quando as normas do primeiro nível não são respeitadas" (Garcia, 2002, p. 19).

Com base nesta nova tipologia, é possível dizer que as decisões de imputação mobilizam prioritariamente normas de comportamento. A partir das provas coletadas nos autos, ao juiz caberá verificar cada um dos elementos previstos na norma de comportamento e, em diante disso, declarar se determinado autor, por sua ação ou omissão, violou uma ou mais normas de comportamento. Não há dúvida de que outros tipos de normas são também mobilizados na decisão de imputação. Normas referentes à autoria, à intenção e à imputabilidade do agente ou à consumação do crime – denominadas "normas gerais de definição, interpretação ou esclarecimento" na tipologia de Álvaro Pires – também são articuladas nas decisões de imputação, mas sempre em função – ou no marco – da norma de comportamento sobre a qual versa o caso. Normas processuais também desempenham papel importante aqui, no

11. Há muitos exemplos em nossa legislação. Para além dos artigos que organizam as normas de comportamento em diferentes incisos ou parágrafos, acrescentando circunstâncias à formulação prevista no *caput* e alterando as penas, é possível mencionar o crime de abandono material, (art. 244 do CP) que, no *caput*, prevê: "Deixar, sem justa causa, de prover s subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo".

12. Entre as normas de segundo nível estão também as normas gerais de inclusão no programa penal (como as normas que definem a idade mínima para a imputabilidade penal), as normas de definição, interpretação ou esclarecimento de outras normas (que podem estar localizadas na parte geral ou especial), as normas de organização judiciária, entre outras. Para o quadro completo, ver Machado e Pires (2010).

tocante aos requisitos da denúncia (momento inicial da imputação), à licitude e às possibilidades de produção de provas, à distribuição dos ônus probatórios, entre outros.

A decisão sobre a sanção, por outro lado, apoia-se, justamente, em normas de sanção. As normas de sanção expressam (i) qualidade (prisão, multa, prestação de serviços à comunidade etc.), (ii) quantidade (tempo ou valor), (iii) formas de cumprimento (regimes prisionais, modalidades de pagamento das sanções pecuniárias etc.), (iv) condições que permitem modificar ou substituir a pena prevista por outras igualmente previstas na legislação ou, ainda, a pena inicialmente pronunciada na sentença (comutação ou modificação da duração), e ainda (v) as situações nas quais uma pena poderá ou deverá deixar de ser pronunciada pelo juiz (perdão judicial, prescrição etc.). É importante frisar que, além das normas de sanção que se dirigem à decisão sobre a sanção que se realiza na sentença condenatória, são normas de sanção (vi) aquelas que se dirigem a modificar a pena no decorrer de seu cumprimento (alterações na quantidade e nas formas de cumprimento, bem como no tipo de pena ou medida). Isto é, as normas de sanção fornecem informações sobre *qual*, *quanto* e *como* será a pena definida na sentença condenatória e também redefinida no período de tempo dedicado ao seu cumprimento. Em outras palavras, encontramos normas de sanção na Constituição Federal, na parte geral e na parte especial do Código Penal e na Lei de Execuções Penais.

Diante dos objetivos deste texto, importa destacar que o modelo utilizado no Brasil apoia-se largamente na utilização de critérios quantitativos para expressar as normas de sanção. Daí os termos "dosimetria" e "cálculo" tão difundidos. A pena prevista junto ao tipo tende a variar muito pouco: prisão (detenção ou reclusão) e/ou multa. Para esta última há procedimento específico para o cálculo, com previsão de mínimos e máximos a ser definidos pelo juiz (art. 49 do CP). No tocante à pena de prisão, mínimos e máximos são estabelecidos em praticamente todos os tipos penais vigentes, com raríssimas exceções[13] As causas de aumento e de diminuição também apresentam, em muitos casos, quantidades predeterminadas. São redigidas com mínimos e máximos em al-

13. Alguns crimes da Lei dos Correios (Lei 6.538/1978, art. 38, por exemplo) estabelecem apenas o máximo da pena privativa de liberdade. A Lei de Drogas tampouco estabelece um mínimo de prisão para o usuário, mas trata-se de um caso diferente já que não há previsão de pena de prisão (Lei 11.343/2006, art. 28). Para mais detalhes ver Machado et alli, 2009, p. 37-38.

guns casos – "aumenta-se de 1/3 até a metade" (art. 157, § 2.º) – e de forma fixa em outros – "a pena é aumentada de 1/3" (art. 168, § 1.º).[14]

3.1.2. Processo de imputação e processo sancionatório

Esta forma de definir as normas de sanção já antecipa uma segunda característica diferenciadora das decisões de imputação e de sanção. Uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a decisão sobre a imputação torna-se imutável, podendo apenas ser modificada mediante procedimento específico nas hipóteses restritas da revisão criminal. A decisão sobre a sanção contida em sentença com trânsito em julgado, diferentemente, deverá ser alterada no decorrer de seu cumprimento em razão de outras normas de sanção que estabelecem a unificação das penas, a progressão de regime, a liberdade condicional etc. Desse modo, é possível dizer que a decisão sobre a sanção prevista na sentença condenatória com trânsito em julgado ganha em ser observada como uma *decisão inicial sobre a sanção* que, em virtude justamente da incidência de outras normas de sanção, pode ser modificada no decorrer do tempo.

Ao observar a decisão sobre a sanção realizada na sentença como uma "decisão inicial" suscetível de ser modificada no curso de seu cumprimento, busca-se incorporar à descrição sobre este momento da prestação jurisdicional o modo como nossa Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984) define os objetivos e, diante deles, estabelece as possibilidades de modificação da pena inicialmente fixada na sentença condenatória. Diante disso, uma forma de descrever a função da sentença condenatória na atuação subsequente do sistema de justiça criminal é representá-la como o centro de incidência de duas decisões: a sentença penal condenatória acumula o *desfecho* de um processo (de imputação) e *o início* de outro (o processo sancionatório). Ou, nas belas palavras de Paul Ricoeur:

"A sentença é corretamente nomeada 'arrêt'[15] (fim/cessação/parada): ela coloca fim ao processo e atribui às partes os lugares que criam uma justa dis-

14. Ver Machado et alli (2009, p. 25-32) para um panorama histórico da elaboração das normas de sanção junto aos tipos penais na legislação francesa, que inicia com as penas fixas na codificação de 1791, passa a utilizar o modelo dos mínimos e máximos com o Código de 1810 até retirar as penas mínimas dos tipos penais e prevê-los na parte geral para certas categorias de crimes (1 e 2 anos de prisão a depender do caso) na reforma de 1992.

15. Nota, em francês, o termo *arrêt* significada parada, do verbo *arrêter* (parar). No campo jurídico, *arrêt* significa sentença.

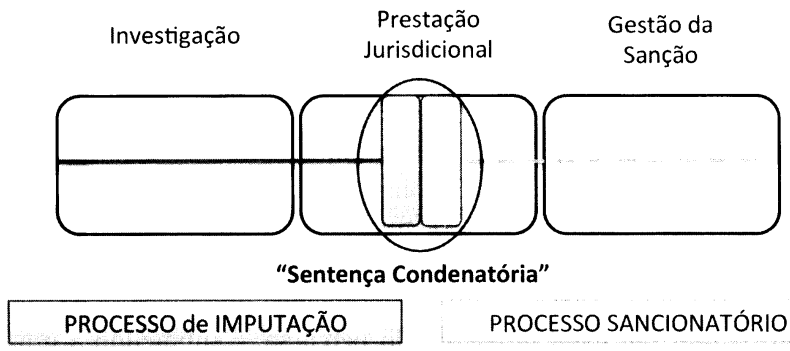
tância entre a vingança e a justiça. Mas outra história começa para o culpado condenado, que não é mais aquela do processo, mas a da sanção." (Ricoeur, 2006, p. 29-31 – tradução livre)[16]

A figura 1, abaixo, busca representar a passagem ou a cumulação, na sentença, de uma decisão que finaliza o processo de imputação de responsabilidade, nomeando eventualmente um réu "culpado" pela prática de determinado crime, e de uma decisão que inicia um novo percurso – "uma nova história que começa" – não apenas para o condenado, mas também para os atores do sistema de justiça criminal. Na figura, os três blocos indicam as funções desempenhadas por um conjunto de instituições. O primeiro, dedicado à investigação, compreende a atuação das polícias, âmbito do poder executivo, do Ministério Público, da defesa e do próprio poder judiciário, mas em momento anterior ao processo criminal em sentido estrito. Quando a denúncia ou queixa é recebida, o arranjo institucional se modifica, passando-se, nesse modelo, ao segundo bloco. Aqui a atuação jurisdicional – compreendida como incluindo os juízes, o MP, os defensores – assume posição central. Essa etapa se conclui com o trânsito em julgado da sentença e a expedição de guia para o juízo da execução. De acordo com essa representação, o processo sancionatório inicia-se na sentença condenatória que, em dado momento do percurso, é submetido a um novo arranjo institucional. No que designamos aqui "gestão da sanção", aparece, no caso do Brasil, um novo ator no âmbito do Judiciário (o juízo da execução) e, mais uma vez, órgãos do poder executivo, como a secretaria de administração penitenciária e as diretorias dos presídios.

Com esta denominação, "gestão da sanção", buscamos romper com a semântica pré-moderna da "execução da pena" ainda fortemente presente em várias legislações criminais. A ideia de "execução" nos remete a duas imagens radicalmente opostas à concepção de processo sancionatório proposta aqui. A primeira imagem é a do ator/personagem responsável pela execução. Ao "executor" *cabe tão somente fazer ou colocar em prática aquilo que outro decide.* A ele não cabe se envolver ou se interessar pelo que faz: ele apenas executa. "Execução" é, enfim, o oposto de um *processo sancionatório* que envolve ne-

16. "(...) la sentence fait ce qu'elle dit: le plaignant est désigné comme victime et l'accusé, s'il est condamné, est désigné comme coupable. La sentence est bien nommée « arrêt »: elle met fin au procès et assigne aux parties en procès les places qui engendrent une juste distance entre la vengeance et la justice. Mais une autre histoire commence pour le coupable condamné, qui n'est plus celle du procès, mais celle de la sanction." (RICOEUR, 2006, p. 29-31)

cessariamente uma sucessão de decisões de diferentes atores no decorrer do tempo. A segunda imagem é a da sanção que se perfaz em um golpe, em um ato, em um instante: a pena de morte. Ao observar a utilização tanto do verbo "executar" quanto do substantivo "execução", no contexto de aplicação das penas, nota-se que a utilização destes termos pode dispensar a indicação do tipo de sanção. A frase "o réu foi executado" indica de antemão que se trata da pena de morte. O fato desta pena já estar contida no termo execução pode ser observado em vários idiomas, não apenas em língua portuguesa.[17]



O esquema proposto aqui permite, portanto, observar o *processo sancionatório* cindido em duas grandes etapas: a etapa de *decisão inicial da sanção* na sentença condenatória e a etapa do conjunto de decisões a ser tomadas por diferentes atores no decorrer da *gestão da sanção* posterior à sentença.[18] É importante notar que, para os efeitos da descrição realizada aqui, não nos importa o nível da estrutura judiciária em que essas decisões foram tomadas (primeira, segunda ou terceira instância) ou tornadas definitivas. Por essa razão – e para facilitar a visualização da fronteira entre as duas etapas o momento

17. Aliás, um dos exemplos mais eloquentes deste fenômeno é fornecido pelo verbete "capital punishment" do *Sage Dictionnary of Criminology* (2001, p. 24): "Capital punishment is punishment by execution – either by hanging, electrocution, firing squad, gas chamber, lethal injection, or beheading". Enfim, a pena de morte é "a pena que se executa" das mais variadas formas...

18. O texto refere-se aqui a duas "grandes etapas", pois a gestão da sanção pode ser fragmentada em várias outras. É possível imaginar uma sucessão de etapas tais como: no interior das instituições prisionais, em meio aberto e, após a "extinção da pena", o período de cinco anos no qual ainda é possível o reconhecimento da reincidência.

da sentença está representado ao meio, e não ao final, do espaço reservado à prestação jurisdicional.[19]

A imutabilidade da decisão sobre a imputação e a mutabilidade da decisão sobre a pena, discutida na seção anterior, estão diretamente associadas também ao modo como cada uma delas se posiciona em relação ao tempo. A decisão de imputação volta-se à observação de um evento *passado*. Aqui, o que importa é a conduta do réu, as circunstâncias do cometimento do crime e as provas colhidas durante a instrução. O olhar do decisor está voltado, exclusivamente, a elementos fáticos e probatórios anteriores ao momento da decisão. A decisão sobre a sanção, por sua vez, estará balizada pelo crime imputado, mas a este evento passado a decisão sobre a pena agrega, ou pode agregar, um conjunto de circunstâncias sobre o presente – o indivíduo concreto no momento da sentença – e uma expectativa em relação ao futuro, isto é, às finalidades que se busca alcançar com a imposição de uma determinada pena. É neste momento que a decisão sobre a pena encontra-se estreitamente ligada a outros eventos, conjuntos de normas e às finalidades ou aos objetivos atribuídos pelo juiz do processo, e pelos operadores subsequentes, à sanção. A partir daqui, as expectativas em relação ao futuro podem se modificar substancialmente, entre outras coisas, em função da maneira de pensar os objetivos do direito e da pena.

Em nosso sistema, devido à alocação das teorias da retribuição e da dissuasão no art. 59 do CP, portanto no momento da decisão sobre a pena, e da ressocialização no art. 1.º da LEP, é incomum observar essas três finalidades sendo mobilizadas já na sentença, no momento inicial do processo sancionatório. O juiz do processo, quando pensa a pena inicial, não é convidado a levar em conta o efeito que a pena que ele vai atribuir poderá ter sobre a vida futura do culpado e sobre os valores positivos do direito (o respeito à vida social de todos e à liberdade, por exemplo). A sua atenção não é orientada nem mesmo para não obstruir a possibilidade de reabilitação ou reintegração do condenado. Ao contrário, ele é levado a decidir somente em função de retribuição, dissuasão e reprovação. Todo o demais pertence a "outros". Fica então difícil de escapar, no próprio processo decisório em matéria de penas a uma "cultura do encarceramento".

19. Essa figura talvez seja útil para representar outras situações. Pensamos aqui, especificamente, no modelo de internação para as pessoas consideradas inimputáveis em vigor no Brasil. Neste caso, teríamos uma decisão negativa de imputação ("absolvição imprópria") que encerra o processo de imputação e, em seguida, o início de outro processo, dedicado à "gestão da internação".

Nos limites deste texto não é possível avançar nessa discussão, mas vale a pena destacar que a teoria da reabilitação não pode mais ser observada, hoje em dia, como uma "única" teoria. Existem pelo menos dois grandes paradigmas da teoria da reabilitação, ou duas teorias da reabilitação. A primeira é uma "teoria da penitenciária", sobre o que devemos fazer com essa instituição e dentro dela. Essa teoria se apoia na pena de prisão ou tem como "centro" a pena de prisão. A segunda teoria se desenvolveu somente na segunda metade do século XX e já não tem a prisão como "centro". Ela observa a prisão como necessidade em certos casos, mas também como uma fonte de problemas que convém evitar. Para ela, mais vale uma pena não privativa de liberdade que uma pena privativa de liberdade. E a pena de prisão não deve ser muito longa – ou a mais curta possível – em razão dos efeitos negativos que ela suscita. Ela não está buscando somente a "reabilitação", ela está buscando, sobretudo, proteger as condições de vida social do condenado durante e após o processo sancionatório. Ela não tem nada a ver com a "escola positiva italiana" ou com o "positivismo criminológico". Essa nova teoria da reabilitação aposta na utilização de sanções não privativas de liberdade.[20] A estrutura normativa do processo sancionatório brasileiro não dá ainda espaço suficiente para que essa teoria possa ser devidamente usada tanto pelo juiz do processo quanto pelo juiz da gestão da sanção e demais operadores. Mas, mesmo de forma muito limitada ainda (a pena mínima de prisão é um exemplo) é possível dizer, a respeito da mutabilidade das decisões sobre a pena, que a frequência e a extensão das alterações à decisão inicial imposta na sentença variará de acordo com a teoria da pena privilegiada pelos atores que participarem do processo sancionatório.

3.2. Algumas implicações desta forma de observar

O desacoplamento entre as decisões de imputação e de sanção vem sendo objeto de reflexão teórica nas últimas décadas e também objeto de várias experiências legislativas.[21] No campo da reflexão teórica, a principal vantagem

20. Para mais detalhes sobre essas duas vertentes da teoria da reabilitação, ver Machado, 2009, p. 54-58.

21. No plano das experiências legislativas, uma excelente sistematização sobre as antigas e intensas experiências inglesas, bem como as recentes e ainda tímidas experiências na Europa continental é realizada em Kerchove (2005), muito especialmente no capítulo dedicado aos elementos constitutivos da sentença e suas principais formas de dissociação. Kerchove (2005) narra tanto formas de dissociação entre a imputação – que ele denomina "declaração de culpabilidade" – e a sanção (formas de adiamento e suspensão da pronúncia da pena) quanto formas de declaração de culpabilidade

desta distinção é permitir que a decisão sobre a imputação possa ser vista como um resultado em si da atuação jurisdicional. Nas palavras de Marta Machado, refletindo a partir dos trabalhos de Klaus Gunther sobre o sentido da responsabilização: "a simples definição e comunicação da responsabilidade é uma prática social com sentido próprio" que "não deve ser obscurecid[a] pela pena" (2013, p. 113). Para a autora:

"(...) ao final de um processo em que se verifica se uma determinada pessoa tem culpa pela prática de determinado ato, a declaração contida na sentença de que um crime aconteceu e que determinada pessoa é responsável tem um sentido social por si só. E esse sentido é negligenciado visto que o direito vê a imputação de responsabilidade simplesmente como pressuposto que autoriza a sanção. Ao naturalizar o sentido do processo sempre como aplicação da sanção, deixa-se de atentar para o fato de que a imputação de responsabilidade é ela mesma uma ação social, um ato performativo, com consequências no âmbito das nossas relações sociais" (Machado, 2013, p. 114).

Ademais, para aqueles que valorizam a comunicação da violação da norma penal como finalidade precípua da atuação judicial, a distinção entre esses dois tipos de decisão permite que a decisão sobre a imputação cumpra integralmente o papel de comunicar ao indivíduo condenado e à sociedade que a expectativa de comportamento que se encontra sustentada pela norma de comportamento do direito criminal pode contar com o apoio desse sistema social para validá-la. O que conduz à necessidade de fundamentar a pena em outras razões "que não sejam o reconhecimento da violação da norma ou a comunicação da responsabilidade do autor", que já foram comunicadas na decisão de imputação (Machado, 2013, p. 114).

Nesse mesmo sentido, Michel Van de Kerchove identifica triplo interesse prático nesta divisão. Em primeiro lugar, evita colocar o réu e o advogado em "uma posição quase esquizofrênica" de contestar os fatos e ao mesmo tempo litigar sobre a pena. Em segundo lugar, a decisão sobre a imputação pode ser decidida "rápida e solenemente" dando à opinião pública uma primeira satisfação para em seguida voltar-se para a individualização completa da pena, proporcionando maior liberdade cognitiva para a atuação de todos os operadores do sistema do direito no processo sancionatório. Em terceiro lugar, a separação entre as duas decisões evita que o juiz "seja hipnotizado apenas pela gravidade

sem imposição de pena (dispensa de pena, escusas absolutórias e o mecanismo de "declaração de culpabilidade nos casos em que o prazo razoável de persecução penal foi ultrapassado").

do fato" no momento de definir a pena[22] Esta outra forma de compreender a sentença penal, de acordo com o autor, contribui para "valorizar os debates relativos à pena, cuja importância é frequentemente eclipsada [ou predeterminada] diante da questão da culpabilidade" (Kerchove, 2005, p. 169).

No arranjo que encontramos frequentemente nas legislações criminais contemporâneas, antecede necessariamente à decisão sobre a imputação *um procedimento* regulado por normas processuais. Diferentemente, a decisão sobre a sanção não é antecedida por procedimento específico para a tomada daquela decisão. A decisão sobre a sanção tem assumido a forma de *uma mera consequência* da decisão sobre a imputação. Trata-se de *uma mera consequência sem material para refletir e discutir* o caso concreto, o que, muitas vezes, pode esvaziar o processo decisório, reduzindo-o a um cálculo aritmético. É possível dizer, então, que a distinção entre essas duas decisões tem também uma implicação bastante importante para aqueles que estão preocupados com uma reconstrução do direito criminal livre da cultura do encarceramento e para os propósitos deste texto. Ao assumirmos serem duas decisões diferentes assumimos também que ambas ganham em serem precedidas de um *procedimento* e exigirem *fundamentação distinta* – e no caso da decisão sobre a sanção, *fundamentação continuada*, já que, como vimos, este processo decisório é composto de uma série de decisões.

Há um vasto campo a ser construído em relação a este ponto. Qual seria o arranjo de normas de processo mais adequado para regular o processo sancionatório? Em que se assemelha e em que diverge do processo de imputação?[23] De forma mais ampla, é possível dizer que há toda uma agenda de pesquisa a ser construída a partir desta distinção e de suas implicações para os quadros normativos, os fluxos processuais e as dinâmicas institucionais do sistema de

22. Vale a pena destacar que este trecho da exposição de Kerchove apoia-se fortemente no trabalho de Marc Ancel, "La césure du procès penal", artigo publicado em 1964. (ANCEL M., La césure du procès pénal. *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'*études *en hommage à M. Louis Hugueney*, Sirey, 1964, p. 205 ss.).

23. Sobre esta questão, vale a pena conferir a coletânea *Determinación Judicial de la Pena*. (Buenos Aires: Del Puerto, 1993). Especialmente Magariños (1993, p. 82-83) e Bertoni (1993, p. 113 e ss.) discutem a "divisão da sentença penal" e chamam atenção para a importância de estabelecer um procedimento – e, logo, normas de processo – para se decidir sobre a sanção. A profunda diferença entre as decisões sobre a imputação e sobre a sanção exige, de acordo com esses autores, que também sejam distintas as normas referentes à produção de prova. No Brasil, a questão é abordada por Massud (2009, p. 193-195).

justiça criminal. As ferramentas analíticas apresentadas nesta seção convidam também a repensar categorias da dogmática penal que de diferentes formas mesclam componentes das duas decisões. O concurso de crimes (material, formal, continuado), por exemplo, é predeterminado por uma maneira de pensar as penas e estabelece normas de sanção que são frequentemente "não qualitativas"– como somar todas as penas, ou selecionar a mais alta e acrescentar um aumento. E esse uso não qualitativo ficou em algumas jurisdições diretamente condicionado ao modo como se construiu, na decisão de imputação, a intenção do réu no cometimento do crime. Outro tema desafiador diante deste quadro analítico é a prescrição da pretensão punitiva que, em nosso sistema, quando reconhecida após a sentença condenatória, não se limita a alcançar a decisão sobre a pena, mas desconstitui a própria decisão de imputação. Há várias outras "zonas nebulosas" entre a decisão sobre a imputação e a decisão sobre a sanção a ser analisadas a partir deste ferramental.

No entanto, nos limites deste texto, importa agora avançar a reflexão sobre o processo sancionatório a partir do quadro normativo e das práticas jurisdicionais vigentes no Brasil. Para isso, a próxima seção dedica-se a caracterizar o que foi denominado pela doutrina brasileira "política da pena mínima" e extrair algumas implicações e consequências deste modo, bastante difundido, de fixar as penas em nosso país. Para explorar esta questão, a próxima seção apresentará o debate que se travou ao redor da Súmula 231 do STJ que impede o reconhecimento de atenuantes quando a pena-base foi fixada no mínimo legal.

4. A PENA-PADRÃO: UMA QUESTÃO DE DIVISÃO DE TAREFAS ENTRE A LEI E O JUIZ

As reflexões deste item serão realizas *dentro* do quadro normativo "estreito" que é atualmente imposto aos operadores do direito criminal no processo sancionatório e que orienta as decisões a partir da pena de encarceramento. Mesmo dentro desse quadro, muitas oportunidades de reduzir o uso (pelo menos no tempo) da pena de prisão ficam latentes ou são neutralizadas nas decisões judiciais.

A "política da pena mínima", tal como definida por Guilherme Nucci, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e Professor Livre docente da PUC-SP, diz respeito à "tendência de muitos magistrados, de primeiro grau ou de instância superior" a ignorar "os riquíssimos elementos e critérios fornecidos pela lei para a escolha, entre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal" e aplicar a pena mínima prevista no tipo penal (2009, p. 309). Trata-se, para o autor, de uma "padronização contrária à individualização da

pena, princípio constitucional (...)". (Nucci, 2009, p. 310). Para o autor, o caráter problemático da "política da pena mínima" refere-se exclusivamente às situações nas quais a pena é aplicada no mínimo, isto é, nas situações nas quais o julgador deixa de utilizar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 para elevar a pena acima do mínimo legal. A redução aquém do mínimo, em razão das circunstâncias judiciais ou da presença de atenuantes está fora de cogitação: apenas as causas de diminuição podem reduzir a pena aquém do mínimo.[24]

De acordo com o quadro analítico proposto na seção precedente, é possível dizer que Nucci (2009) observa uma violação ao princípio da individualização da pena ao menos quando a pena mínima é transformada em pena fixa.[25] Analisando a Lei de Crimes Hediondos, que aumentou a pena mínima de vários crimes, o autor menciona o exemplo do latrocínio que teve a pena mínima elevada para 20 anos, sendo mantida pena máxima de 30 anos. Em seguida, o autor menciona a hipótese de incidência da causa de aumento do art. 224 do CP (cometimento do crime contra menor de 14 anos, alienada ou débil mental sem condições de oferecer resistência) em relação à qual a lei estabelece o aumento aritmético de metade (10 anos) o que resultaria em uma pena mínima de 30 anos. O exemplo não subsiste em nossa legislação, em razão da revogação do art. 224 do CP pela Lei 12.015/2009, mas permanece pertinente para a compreensão do ponto de vista do autor sobre a possibilidade da pena mínima ferir o princípio da individualização da pena. Diante de uma pena mínima e uma pena máxima iguais a 30 anos, a pena não é nem mínima, nem máxima: é pena fixa. O que leva o autor a concluir que: "[o] quadro é de nítido desapego ao princípio constitucional da individualização da pena. Não há espaço algum para o julgador. A pena foi fixada em abstrato – e em concreto – pelo legislador" (NUCCI, 2009, p. 323). E, diante disso, "suger[e] que o magistrado, diante dessas situações, deixe de aplicar o art. 9.º da Lei de Crimes Hediondos [que estabeleceu a causa de aumento], proclamando a sua inconstitucionalidade, para que possa *individualizar*, realmente, a pena dos acusados (...)" (NUCCI, 2009, p. 323, grifos no original). Note-se que, de acordo com esta argumenta-

24. Para o autor, a impossibilidade de redução aquém do mínimo por intermédio do reconhecimento das atenuantes vem explicitada na própria definição destas últimas: "Atenuantes são circunstâncias legais genéricas aplicáveis a qualquer delito, envolvendo o fato ou o autor, recomendando ao juiz que abrande o juízo de censura, diminuindo a pena-base, quando esta já não estiver fixada no grau mínimo". (NUCCI, 2009, p. 154).

25. Sobre o conceito de pena fixa, ver Machado et alli 2009.

ção, a violação do princípio da individualização da pena ocorre somente diante da ausência de margem de jogo no interior de um só tipo de pena. Desse modo, não está ainda sendo observado o papel que desempenha a própria pena mínima que pode obstruir a individualização por ser muito elevada ou por impedir que o tribunal modifique a qualidade da pena, a fim de evitar a pena de prisão.

O uso reiterado da pena mínima para "a maior parcela do Judiciário", segundo o autor, não é fácil de explicar.[26] Sem entrar nessa questão complexa que tem raízes históricas bem profundas, este texto limita-se a assinalar que o autor considera que "deixando as partes de se conformar com as *penas-padrão*, torna-se impossível continuar a vigorar a referida *política da pena mínima*" (NUCCI, 2009, p. 314, grifos no original).[27]

Este texto busca alargar ainda mais o âmbito de discussão dessa questão. Resistir às "penas-padrão" e, portanto, valorizar as circunstâncias do caso concreto que o magistrado tem diante dos olhos, pode significar também definir penas abaixo do mínimo, como se discute neste texto.

A perspectiva adotada aqui é pertinente do ponto de vista teórico e prático porque hoje, no Brasil, há magistrados que consideram injusta ou inadequada ao caso concreto a pena que resulta do procedimento e dos parâmetros estritamente quantitativos fornecidos pelo legislador e reiterados pela Súmula 231. De acordo com a interpretação dada pela Súmula, as atenuantes não podem impactar a pena se, na primeira fase, a pena foi estipulada no mínimo legal. Aqui, o Judiciário tolhe o seu próprio campo de poder discricionário para in-

26. "Não se compreende, dentro do raciocínio lógico-jurídico, o que tem levado a maior parcela do Judiciário a eleger a pena mínima como pena base para a aplicação das demais circunstâncias legais". E, mais à frente, na mesma página: "Não se sabe bem o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar (...)". (NUCCI, 2009, p. 310).

27. Ao lado do "comodismo" dos magistrados, Nucci aponta o "conformismo" das partes com a pena mínima. Aqui vale a pena destacar que o autor se refere à necessidade do Ministério Público recorrer para solicitar a elevação da pena aquém do mínimo, já que o inverso, a defesa recorrer para reduzir aquém do mínimo é considerado pelo autor inadmissível. No tocante ao papel do Ministério Público, em seção dedicada à fundamentação das penas em que o autor opõe-se fortemente à "posição predominante na jurisprudência, de estar o juiz dispensado de fundamentar a pena quando imposta no grau mínimo", justifica seu posicionamento dizendo, entre outras coisas, que "[n]ão pode o órgão acusatório levantar em seu recurso os seus melhores argumentos se não sabe, precisamente, quais elementos levaram o julgador a aplicar a pena no mínimo legal (...)". (NUCCI, 2009, p. 342-343).

dividualizar a pena no sentido de um menor uso da prisão. Dessa forma, como será discutido a seguir, justamente nas situações concretas em que os componentes do art. 59 (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime) são inteiramente favoráveis e autorizam a fixação da pena no mínimo estabelecido no tipo penal, o juiz deve ignorar, para efeitos de fixação da pena, a incidência de eventuais atenuantes como a confissão, a reparação do dano, ser o condenado menor de 21 ou maior de 70 anos, ou ainda, em virtude de "circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei", como autoriza o art. 66 do CP. Em outras palavras, a lei estabelece um conjunto de circunstâncias que considera relevantes à fixação da pena e, portanto, aptas a reduzi-la. Mas, de acordo com a interpretação selecionada pela Súmula, as atenuantes, mesmo presentes no caso concreto, só podem ser computadas na pena se, na primeira fase, diante dos componentes do art. 59 supra citados, o juiz elevar a pena acima do mínimo. Além disso, como os mínimos podem já ser extremamente elevados, o juiz é levado a não considerar os efeitos negativos das longas penas de prisão.

Este texto refere-se a uma *interpretação* justamente porque outras formas de observar o mesmo quadro normativo foram levadas ao debate jurisprudencial. O impasse se coloca aqui entre a expressão "sempre atenuam" que integra o *caput* do art. 65 sobre atenuantes e a expressão "dentro dos limites previstos" que consta no art. 59, II, dedicado à fixação da pena. A depender da interpretação e, consequentemente, do peso que se der para um outro dispositivo, a redução aquém do mínimo por intermédio de atenuantes estaria ou não autorizada pela própria legislação.[28] A expressão "limites previstos" poderia também ser interpretada como incluindo todas as atenuações previstas, e não exclusivamente os limites mínimo e máximo de um tipo. Se as atenuantes estão previstas em lei, elas fazem parte dos limites previstos.

Mas obviamente as centenas de páginas doutrinárias e jurisprudenciais escritas sobre este tema não se limitam a esta discussão. Este texto propõe uma forma de organizar este debate distinguindo entre a questão de fundo e os

28. A favor da autorização legal: "O art. 59, II do Código Penal impõe expressamente ao juiz fixar a pena-base "dentro dos limites previstos". Ora, se o art. 65 (logo a seguir) não repete o dito e, ainda por cima, estabelece que as atenuantes sempre devem operar, é fácil concluir que juiz não está adstrito ao limite mínimo na segunda fase". STF, RE 597270-4/RS (j. 26.03.2009). Trecho do acórdão do TJ/RS citado nas razões de REsp do Ministério Público (p. 6 do acórdão do TJ/RS foi suprimida no PDF gerado pelo STF). Citação extraída da p. 45 do Pdf gerado pelo STF.

argumentos construídos a partir de projeções sobre os efeitos da interpretação que permite a redução aquém do mínimo. Por "problema de fundo" este texto refere-se a uma reconstrução da função do juiz em matéria de penas, ou mais precisamente, às características de um processo decisório mais exigente que a operação de calcular. No tocante aos argumentos construídos a partir de projeções, este texto refere-se a duas questões que aparecem de modo recorrente no debate sobre a redução da pena aquém do mínimo pela incidência de atenuantes: (i) a utilização do mesmo raciocínio para as agravantes, que permitiriam elevar a pena além do máximo previsto em lei e (ii) o receio da "pena-zero", isto é, diante da inexistência de parâmetros quantitativos para as atenuantes, o juiz poderia reduzir "quanto quisesse". A utilização do termo "projeções" busca colocar em relevo que na pesquisa conduzida até o momento sobre este tema, não há qualquer registro de uma decisão concreta que tenha de fato elevado a pena aquém do máximo previsto no tipo com o reconhecimento de agravantes, tampouco uma decisão concreta que tenha definido a atenuação idêntica à pena base, o que conduziria à pena zero.[29] Os dois argumentos são interessantes para a compreensão do nosso modo de decidir e justificar a pena, mas, de certa forma, retiram o foco do que parece ser a questão central: há em nosso sistema atores que consideram que as penas aplicadas a determinados indivíduos são injustas e inadequadas e que isso pode ser pelo menos em parte remediado com outras interpretações do quadro normativo vigente – além, é claro, da construção de um quadro normativo melhor.

Para avançar sobre este ponto, à luz do quadro descritivo de normas e de processos decisórios discutidos na seção precedente, esta seção baseia-se nos autos do RE 597270-4/RS j. 26.03.2009 pelo STF. Trata-se do Recurso que levou o STF a confirmar a Súmula 231, reconhecendo repercussão geral.

O caso concreto diz respeito a um jovem que, em 31.12.1999, por volta das 23 horas, "mediante grave ameaça consistente no uso de uma faca, subtraiu para si, um relógio de pulso (...) e o valor de R$ 15,00" e foi denunciado pelo crime de roubo com causa de aumento de pena por uso de arma. A denúncia esclarece também que a "*res furtivae* restou apreendida e restituída".[30] O réu foi

29. Neste ponto, seria necessário discutir amplamente também por quais razões uma eventual "pena-zero" seria, por si mesma, um problema. Tendo em mente a distinção entre a decisão sobre a imputação de responsabilidade e a decisão sobre a pena, discutida acima, seria possível debater também sobre a pertinência ou não da imposição de uma pena em uma dada situação concreta.

30. STF, RE 597270-4/RS (j. 26.03.2009). Trechos citados foram extraídos da denúncia (p. 22 do PDF gerado pelo STF).

condenado a 6 anos e 8 meses, a defesa recorreu e o TJ/RS manteve a condenação mas reduziu a pena para 4 anos, 6 meses e 20 dias. O Ministério Público levou o caso ao STJ, questionando a pena definida pelo TJ/RS que reduziu a pena aquém do mínimo de 4 anos previsto para o roubo antes de considerar a causa de aumento de 1/3 pelo uso de arma. O STJ acolheu o recurso do MP e reformou a pena, de modo a impedir o cômputo das atenuantes aquém do mínimo, resultando então a pena em 5 anos e 4 meses. O STF, por sua vez, por unanimidade de votos, reconheceu a repercussão geral, mas negou provimento ao recurso da defensoria, sendo mantida a pena fixada pelo STJ. Um quadro com a alteração das penas é apresentado a seguir:

Quadro – Modificação das penas (RE 597270-4/RS)

	Sentença	TJ/RS	STJ
Pena-base	5 anos	4 anos e 2 meses	4 anos e 2 meses
Atenuantes (confissão e reparação)	Não reconhecida	[-] 9 meses (6 pela confissão e 3 pela reparação)	[-] 2 meses
Resultado da segunda fase	5 anos	**3 anos e 5 meses**	4 anos
Causa de aumento (uso de arma)	[+] 1/3	[+] 1/3	[+] 1/3
Total	6 anos e 8 meses	4 anos, 6 meses e 20 dias	5 anos e 4 meses

Nas sucessivas alterações da pena fixada para este caso concreto – que percorreu as quatro instâncias do sistema de justiça criminal brasileiro – pouco se discutiu sobre as circunstâncias do caso, a biografia do réu ou a relevância das atenuantes de confissão espontânea ou reparação do dano. E menos ainda sobre a pertinência e os efeitos negativos de uma pena de prisão com essa duração para o caso concreto. O cerne da discussão foi a possibilidade ou não de reduzir aquém do mínimo, como fez o TJ/RS, ao considerar que a presença de atenuantes deveria impactar a pena, mesmo reduzindo-a em 7 meses aquém do mínimo de 4 anos previsto para o roubo. Para justificar suas posições contra ou favor da redução aquém do mínimo e, portanto, da Súmula do STJ, dois feixes argumentativos prevaleceram.

O primeiro deles diz respeito ao risco de utilizar o mesmo raciocínio para as agravantes, permitindo que a pena fosse imposta para além do máximo estabelecido em lei. Há manifestações nesse sentido no recurso do MP, no acórdão do STJ e do STF, que apresentam doutrina e jurisprudência no mesmo sentido. Sustentando a posição contrária, o acórdão do TJ/RS considera inconvincente

o argumento de "invoc[ar] garantias dos jurisdicionados para restringir-lhes direitos" e se refere também ao argumento pragmático de que "as penas nunca atingem o limite superior".[31] Nas contrarrazões da defensoria ao recurso especial do MP ao STJ, a questão de espelhar os efeitos da redução aquém do mínimo para o acréscimo além do máximo diante das agravantes é apresentada como "o grande argumento da corrente que defende que a pena não pode ser estabelecida aquém do mínimo legal". De acordo com a defensoria, "o argumento não procede, eis que o limite máximo tem origem em favor do indivíduo contra o poder do estado".[32] E, é claro, mas isso infelizmente não foi dito, a pena mínima funciona em direção inversa: supostamente em favor do Estado e contra o indivíduo. Utiliza-se aqui o advérbio "supostamente" porque é necessário pressupor que o estado e o direito ganham algo com as penas mínimas, o que não é evidente quando saímos do campo de influência da teoria retributivista (tal qual usualmente interpretada nesse caso), da teoria da dissuasão (que tampouco defende necessariamente as penas mínimas) e da teoria da reprovação social (que também não exige esse tipo de prática legislativa).

É possível identificar, na base destes argumentos, uma distinção importante entre o significado da pena mínima e da pena máxima. Ambas constituem limitações do legislador à atividade do juiz, mas, conforme avançamos na seção precedente sobre o quadro descritivo das normas penais, trata-se de limitações muito diferentes. Diante do arranjo normativo que se forma em matéria de penas, podemos observar que ao estabelecer penas máximas o legislador limita a atuação do juiz e confere um direito ao réu de não receber uma pena superior ao limite legal. A pena mínima, diferentemente, também limita a atuação do juiz, mas não oferece garantia de qualquer tipo ao réu, ao contrário, impede que outros direitos, como o direito constitucional a uma pena individualizada, seja efetivado. Para retomar uma formulação realizada em outro trabalho: "do ponto de vista da efetivação de direitos, a pena mínima traz somente

31. "Tampouco convence o argumento de que as agravantes poderiam levar a pena além do máximo, sepultando a garantia representada pelo princípio da legalidade das penas. Primeiro, porque as penas nunca atingem o limite superior, constituindo sofisma invocar garantias dos jurisdicionados para restringir-lhes direitos. Segundo, porque há motivos diversos para interpretar como insuperável o limite superior que não cabe aqui declinar". STF, RE 597270-4/RS (j. 26.03.2009). Trecho das razões de REsp do Ministério Público que cita trecho do acórdão do TJ/RS omitido (p. 6 do acórdão não consta no PDF gerado pelo STF). Citação extraída da p. 45 do PDF gerado pelo STF.

32. STF, RE 597270-4/RS (j. 26.03.2009). Contrarrazões da Defensoria perante o TJ/RS (p. 54 do PDF gerado pelo STF).

consequências negativas: impede que o juiz atue conforme sua convicção e as características do caso concreto e impede que o réu exercite seu direito a uma pena individualizada" (MACHADO et alli, 2009, p. 63). De acordo com esta forma de observar, portanto, a possibilidade de redução aquem do mínimo por intermédio do reconhecimento das atenuantes permite justamente efetivar o direito à individualização da pena – um direito ao qual se nega vigência quando se impede que a atenuação seja computada na pena.

Certo, mas se o legislador não indica parâmetros quantitativos para a atenuação, quanto se pode atenuar? Esta é a questão que se coloca em relação ao segundo argumento mobilizado no debate e que diz respeito ao receio da pena-zero[33] Há dois pontos interessantes aqui para os propósitos deste texto. O primeiro deles diz respeito ao problema prático que a ausência de limites quantitativos coloca em um sistema de determinação da pena baseado na ideia de cálculo. Em relação a este ponto, o acórdão do TJ/RS reúne-se a outros textos doutrinários para indicar parâmetros de aplicação das atenuantes, mesmo diante da ausência de indicação legislativa. Para o TJ/RS, o argumento da "atenuação sem limites" não convence, "pois é sabido que a atenuante não deve reduzir tanto quanto reduziria uma causa de diminuição, que é um plus".[34] Mas há outro elemento interessante aqui, que se liga diretamente com o que consideramos ser a "questão de fundo" da redução aquém do mínimo. O TJ/RS, ao se referir ao argumento do receio da pena-zero, refuta-o formulando o problema de outra maneira: a ausência de parâmetros quantitativos estabelecidos na lei poderia gerar uma "atenuação sem limites" e, portanto, "excessivo arbítrio ao juiz".[35]

33. Esta questão aparece explicitamente no acórdão do STJ que reafirma a Súmula 231 com base nas seguintes justificativas: (i) a própria existência do mínimo e do máximo no tipo; (ii) o receio da "pena zero" já que a lei não estabelece limites quantitativos para as atenuantes; (iii) o caráter "não decisivo" do argumento de "manifesta injustiça" ao se aplicar a mesma pena para dois corréus quando um deles tem "a seu favor, mais de uma atenuante" e (iv) que a expressão "sempre atenuam" não pode ser tomada literalmente, devendo ser interpretada como "[s]empre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo". Associado a este último ponto está a hipótese de fazer o mesmo raciocínio em relação às agravantes. STF, RE 597270-4/RS (j. 26.03.2009). Acórdão do STJ (p. 59 do PDF gerado pelo STF).

34. STF, RE 597270-4/RS (j. 26.03.2009). Trecho das razões de REsp do Ministério Público que cita trecho do acórdão do TJ/RS omitido (p. 6 do acórdão do TJ/RS foi suprimida no PDF gerado pelo STF). Citação extraída da p. 45 do PDF gerado pelo STF.

35. STF, RE 597270-4/RS (j. 26.03.2009). Trecho das razões de REsp do Ministério Público que cita trecho do acórdão do TJ/RS omitido (p. 6 do acórdão do TJ/RS foi suprimida no PDF gerado pelo STF). Citação extraída da p. 45 do PDF gerado pelo STF.

A enorme relevância dos parâmetros quantitativos definidos em lei em matéria de determinação das penas aparece também no voto do Ministro Marco Aurélio, que justifica a possibilidade, inquestionada na doutrina e na jurisprudência, de transpor o mínimo e o máximo por intermédio das causas de diminuição e aumento justamente por serem "tarifadas", isto é, pelo legislador estabelecer frações ou quantidades de aumento ou redução. De acordo com o Ministro, as atenuantes e agravantes, por não indicarem parâmetros quantitativos, devem ficar limitadas ao mínimo e ao máximo previsto no tipo.[36]

Parece estar em jogo aqui uma concepção do processo decisório em matéria de penas em que a atuação do juiz está circunscrita à execução de operações aritméticas: a lei fornece os elementos quantitativos da equação e o juiz calcula, na falta de indicações numéricas (como nas atenuantes e agravantes) está limitado aos parâmetros quantitativos fornecidos no tipo penal. Sem os limites, de novo, quantitativos, se está conferindo "excessivo arbítrio ao juiz". Esta parece ser então a "questão de fundo": a ideia de legalidade em matéria de decisão inicial sobre a pena é estreitamente vinculada a decisões políticas "tomadas sem ver o caso concreto" e a parâmetros quantitativos – e não qualitativos, como poderia ser a observância do princípio da individualização da pena e, consequentemente, do direito a uma pena justa e adequada ao réu.

O voto do relator, Ministro Peluso, aporta ao debate reflexões muito interessantes aos propósitos deste texto. Ao negar provimento ao recurso extraordinário, o Ministro elenca, em seu primeiro voto, duas justificativas: (i) o recurso "versa sobre tema cuja *jurisprudência é consolidada* no sentido da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstância atenuante genérica" e (ii) "*nosso sistema*" não permite a redução aquém do mínimo, apesar de o "art. 65 do CP prev[er] que as circunstâncias ali relacionadas sempre atenuam a pena". Em relação a este último ponto, o Ministro relator esclarece que, em virtude do art. 65, "a atenuante deve ser levada em consideração, mas pode ocorrer que nenhum impacto tenha na fixa-

36. "O que se verifica? Que circunstâncias judiciais, atenuantes ou agravantes, não são tarifadas pela lei. Há campo, então, para definir-se o que se mostre mais adequado. Já em relação às causas de diminuição e aumento, tem-se a estipulação dos quantitativos próprios a esses institutos, o que ocorre no próprio artigo que prevê o tipo penal. Daí a jurisprudência ter se sedimentado no sentido de que a tomada das circunstâncias judicias e das atenuantes e agravantes está jungida ao piso e ao máximo". STF, RE 597270-4/RS (j. 26.03.2009). Acórdão do STF (p. 183 do PDF gerado pelo STF).

ção da pena".[37] Após sustentação oral do defensor público, o Ministro relator profere "confirmação de voto", mantendo a decisão anterior, mas agregando outra justificativa, além das duas indicadas acima, especialmente importante para os propósitos deste texto. O relator afirma lhe ser "simpática" a tese de que as circunstâncias concretas de cada caso podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. Mas o mesmo não ocorreria com as atenuantes genéricas que "não caracterizam situações tais que por si só justifiquem a redução ou a pena aquém do mínimo legal". Remete, então, a decisões de cortes constitucionais estrangeiras para afirmar que as "circunstâncias particulares de cada caso (...) demonstram que, se não foram consideradas, ofendem a individualização da pena e, mais do que isso, ofendem o devido processo legal em termos substantivos, porque influi na questão de *tratamento justo de cada caso*" (grifos meus). Após esta ponderação, reafirma a "jurisprudência mais do que trintenária" que impede a redução aquém do mínimo e conclui:

"Parece-me que, se a Corte se propusesse a modificar esta jurisprudência, teria de tomar certas *cautelas pelo risco que introduziria de deixar a cada juiz a definição da pena para cada crime*. Isto é, no momento em que a Corte proclame, ou proclamasse, que as atenuantes genéricas podem reduzir a pena aquém do mínimo legal, poderíamos passar a um regime em que a *discricionariedade judicial* conduziria a que se aplicasse uma *pena sem nenhum significado*, em termos de política criminal. Estaria aberta a porta para – não diria uma extravagância –, para um risco extremamente elevado para a atuação do ordenamento jurídico criminal que, embora sendo extremo, tem relevantíssima importância social". (grifos meus)[38]

Neste trecho, o Ministro mostra-se convencido que o mínimo legal, quando impede a consideração das circunstâncias particulares de cada caso, pode ofender a individualização da pena e consequentemente "o tratamento justo de cada caso". Mostra-se também reticente em relação à possibilidade de operar esta redução por intermédio das atenuantes e, neste ponto para exemplificar, discorre sobre o pequeno valor que atribui à confissão. De todo modo, de acordo com o que se observa no voto, há simpatia por parte do Ministro à ideia de que a pena mínima pode constituir um óbice à individualização da pena e ao tratamento justo. É neste contexto que o Ministro oferece sua formulação para a "questão de fundo": modificar a jurisprudência que impede a redução aquém

37. STF, RE 597270-4/RS (j. 26.03.2009). Trechos citados foram extraídos do acórdão do STF (p. 168 e 169 do PDF gerado pelo STF).

38. STF, RE 597270-4/RS (j. 26.03.2009). Trecho citado extraído do acórdão do STF (p. 174 e 175 do PDF gerado pelo STF).

do mínimo traz "riscos" e, portanto, exige "cautela". O risco reside, justamente, em "deixar a cada juiz a definição da pena para cada crime".

Trata-se aqui do risco do "decisionismo" ou de uma "maneira personalista" de decidir casos concretos[39] Este risco de "deixar a cada juiz a definição da pena para cada crime", contudo, deve ser observado juntamente com dois outros: o risco de deixar o legislador decidir sobre casos que não vê, e o risco de deixar o legislador decidir as penas a partir da política e não do direito. Globalmente falando, a questão parece bastante clara, trata-se de rever uma forma do século XVIII de observar o papel do juiz em matéria de penas em que ele deve atuar como "um ser inanimado"; trata-se então de uma transformação importante na divisão de tarefas em matéria de penas que exigiria modificações substantivas na prática jurisdicional e doutrinária.

Interessante notar que, na perspectiva desse voto, a alteração desta jurisprudência faria com que passássemos a um regime de "discricionariedade judicial" que poderia conduzir à aplicação de penas "sem nenhum significado em termos de política criminal". Esta formulação parece reforçar a ideia segundo a qual a determinação das penas deve ser feita pelo sistema político, através da legislação e, então, inexoravelmente, de maneira abstrata para cada crime e para as categorias estabelecidas em outras normas de sanção, e não pela pena concreta imposta pelo juiz. Vale notar que, nesta formulação, o princípio da individualização da pena parece não integrar a política criminal.

Em suma, uma das implicações da utilização do quadro analítico proposto aqui para observar os processos decisórios sobre as penas é colocar em questão a ideia segundo a qual a pena mínima estabelecida pelo legislador é capaz de operar como "pena devida", como "pena adequada", como "pena justa", enfim, à infinidade de situações concretas levadas aos tribunais.

Para fornecer contornos mais explícitos sobre o significado e as implicações jurídicas de se "deixar para cada juiz a definição da pena" e, com isso, obstar a utilização das "penas-padrão", a próxima seção oferece uma ilustração do modo como esta questão é enfrentada no contexto canadense. Como se verá a seguir, o "desconforto decisório" de magistrados que aplicam penas inferiores ao mínimo legal diante das circunstâncias do caso concreto também é reconhecido como um problema no Canadá, mesmo se a pena mínima é muito mais rara na legislação canadense do que na brasileira.

39. Sobre este ponto, Rodriguez (2013, p. 14) chama atenção para as situações nas quais "os juristas estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analítica e racionalmente a correção da solução que defendem".

5. O MESMO PROBLEMA, OUTRAS SOLUÇÕES: UMA DECISÃO SOBRE A PENA NO CANADÁ

David Paciocco, magistrado da "Ontario Court of Justice" e Professor Emérito da Universidade de Ottawa, em artigo publicado no início de 2015 sobre o tema, inicia seu texto afirmando que:

"As penas mínimas removem a discricionariedade judicial de impor penas menos severas do que aquelas estipuladas em lei. Onde há uma pena mínima, o juiz pode dar uma pena mais severa, mas não pode impor uma pena inferior ao patamar legislativamente estabelecido mesmo se a aplicação de regras e princípios para a definição das penas indicarem que uma pena inferior é apropriada ou até mesmo exigida". (PACIOCCO, 2015, p. 173)

Não poder aplicar uma pena inferior ao mínimo legal quando apropriada ao caso concreto apresenta-se como um problema para o autor. A visibilidade deste problema para os magistrados canadenses está associada ao fato de que o Código Criminal Canadense prevê penas máximas para todos os crimes e penas mínimas para relativamente poucos. A inclusão de penas mínimas é, de certa forma, um fenômeno recente e oposto às recomendações de política criminal feitas pelas comissões de reforma do direito no Canadá e pela maior parte da literatura criminológica pertinente.[40] Consequentemente, os juízes foram formados para *decidir a pena*, a partir de um conjunto de regras e princípios, observando somente o limite máximo imposto pela lei.

Extrapola aos objetivos deste texto explicitar todas as regras e os princípios para aplicação da pena na legislação e na jurisprudência canadenses. Para os propósitos desta seção, é suficiente indicar o que o Código Criminal Canadense estabelece, logo no início dos 35 artigos que compõem a Parte XXIII (*Sentencing*), um "princípio fundamental": "a pena deve ser proporcional à gravidade da ofensa e ao grau de responsabilidade do réu".[41] De acordo com este dispositivo, no momento de decidir a pena, o juiz deve atentar à proporcionalidade em função de dois parâmetros: (i) a gravidade da ofensa e (ii) o grau de responsabilidade do réu.

40. Para um breve histórico da incorporação de penas mínimas na legislação canadense, ver Maira Machado et alli (2009, p. 32-33). Na literatura canadense, além de Paciocco (2015), ver Roach (2001) e Desrosiers (2013).

41. Tradução livre. Original disponível em: [http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/], nos seguintes termos: "Fundamental Principle, 718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender." Acesso em: 2 nov. 2015.

Paciocco (2015, p. 184-185) argumenta que a pena mínima compromete esta concepção de proporcionalidade estabelecida no Código Criminal. Para o autor, o legislador, ao definir a pena mínima, tem em vista um "tipo genérico" do crime que, ao ser estabelecido, impede todo tipo de "avaliação contextual" da gravidade da ofensa em concreto. Da mesma forma, a pena mínima, constituindo uma "pena adequada pré-definida" pelo legislador tampouco permite qualquer consideração sobre "o grau de responsabilidade do réu" no momento da decisão sobre a pena.[42] Sabemos que a teoria da retribuição foi muito utilizada para justificar e fundar a prática das penas mínimas, mas não podemos dizer que a teoria da retribuição pede ou exige penas mínimas ou fixas, justamente porque essas penas não permitem nem mesmo uma "individualização" no sentido estrito dado pela teoria da retribuição. As penas mínimas são ainda menos justificáveis diante da *nova* teoria da reabilitação que favorece penas não prisionais e desfavorece longas penas de prisão.

Esta formulação do princípio da proporcionalidade na decisão sobre a pena atribui enorme protagonismo às circunstâncias concretas do crime e do réu em detrimento da gravidade abstrata do crime pelo qual o réu é condenado. Concebido desta forma, e considerado um "princípio fundamental" do processo decisório sobre a pena, o princípio da proporcionalidade em matéria de penas somente se efetiva na atividade jurisdicional em oposição a *qualquer* pena mínima na legislação, inclusive de multa. E, consequentemente, convida os magistrados, mas também a defesa e a promotoria, a refletir sobre a pena adequada, sobre a pena justa, sobre a pena proporcional à ofensa e ao réu, *apesar* da pena mínima estabelecida pelo legislador. Importante destacar que essa reflexão não é sempre feita e a própria existência da prática legislativa da pena mínima ainda não foi globalmente invalidada pela Corte Suprema do Canadá.

De todo modo, neste contexto, conforme explicita Paciocco (2015, p. 192), vários casos de questionamento da constitucionalidade das penas mínimas foram apresentados à Suprema Corte Canadense, sobretudo em razão das penas desproporcionais que a pena mínima pode gerar. Uma das bases legais para o questionamento da constitucionalidade das penas mínimas é a seção 12

42. "Yet minimum sentencing provisions tend to preordain the lowest "fit" sentence based on the general kind of offence at hand, without permitting any contextual evaluation of "the gravity of the offence" at hand. More significantly, they predefine a minimum "fit sentence" without permitting any consideration to be given to the "degree of responsibility of the offender". Paccioco, 2015, p. 185.

da Carta Constitucional Canadense que veda as "penas cruéis ou não-usuais (*unusual*)".[43]

Tendo em vista que este dispositivo regula a "crueldade", e não a pena justa, em 1987, no Caso Smith, a Suprema Corte decidiu não ser inconstitucional a imposição de uma pena simplesmente desproporcional ou "inadequada". De acordo com a Suprema Corte, para violar o dispositivo constitucional que proíbe as penas cruéis, a pena aplicada precisa ser "fortemente desproporcional" (*grossly disproportionate*). Nas palavras da Corte, duas décadas mais tarde, para ser fortemente desproporcional, "a pena precisa ser mais que meramente excessiva". A pena precisa ser "tão excessiva a ponto de ultrajar padrões de decência" e desproporcional a tal ponto que "canadenses considerariam a pena detestável ou intolerável" (*R v. Fergunson*, 2008 apud PACIOCCO, 2015, p. 192). Paciocco considera este entendimento jurisprudencial nada óbvio do ponto de vista da doutrina canadense, tendo em vista que a concepção de proporcionalidade estabelecida no Código Criminal (e não na Constituição) "há muito tempo norteia a prática e a teoria da aplicação da pena" na ordem jurídica canadense (PACIOCCO, 2015, p. 192). O parâmetro "fortemente desproporcional" para o reconhecimento da inconstitucionalidade da pena mínima encontra-se bastante arraigado na jurisprudência da Corte que o repetiu diversas vezes desde 1987. Em um deles, a Corte justifica a escolha deste parâmetro como uma forma de "deferência ao princípio constitucional da soberania parlamentar" (PACIOCCO, 2015, p. 193). Dessa forma, em virtude da deferência à "política legislativa em matéria de penas" (*legislative sentencing policies*), Paciocco considera que a jurisprudência constitucional torna extremamente difícil demonstrar a "forte desproporcionalidade". O próprio judiciário reduziu então as possibilidades de uso desse dispositivo constitucional para evitar penas injustas ou "excessivas" por intermédio da anulação da validade das penas mínimas.

De acordo com o autor, dentro desse quadro jurisprudencial atual, há dois modos de demonstrar a "forte desproporção" de uma pena. O primeiro deles ocorre pela demonstração de que a pena imposta ao réu é "fortemente desproporcional em comparação com o que teria sido apropriado para o réu em ques-

43. "Art. 12 – Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment." (Canadian Charter of Rights and Freedoms). Disponível em: [http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html]. Acesso em: 10 dez. 2015.

tão".[44] Voltaremos a este ponto ao final desta seção, que apresenta em detalhes o processo decisório da pena em uma sentença que sim considera a pena mínima "fortemente desproporcional" e, em função disso, aplica uma pena inferior ao mínimo legal. Mas, de qualquer forma, vale a pena chamar atenção para o modo como a equação da "forte desproporcionalidade" é estabelecida: não se trata de compará-la a outros casos semelhantes ou à gravidade abstrata do crime. O que importa na demonstração é o fato de ser possível sustentar que a pena mínima teria sido inapropriada (em razão de seu excesso) para *aquele réu naquele caso concreto.*

O segundo modo de demonstrar a "forte desproporcionalidade" baseia-se, diferentemente, em casos hipotéticos. Trata-se aqui de argumentar que, mesmo sendo abstratamente aceitável para os casos mais graves dentro de uma categoria a pena mínima seria excessiva para um caso concreto que poderia se apresentar diante do Tribunal dentro daquela categoria (ou tipo penal). O Tribunal imagina então uma situação viável para a qual a pena mínima prevista seria tão inadequada que ela não poderia subsistir a um teste constitucional. Esta possibilidade foi reconhecida pela Suprema Corte no Caso Smith, julgado em 1987, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da pena mínima de 7 anos para a importação de drogas. No caso em questão, a Corte reconheceu que o réu, Sr. Smith, de fato merecia a pena mínima, mas que um jovem, primário, cruzando a fronteira canadense com um cigarro de maconha não a mereceria.[45] A base doutrinária para reconhecer a inconstitucionalidade da pena mínima diante de um caso hipotético seria a seguinte: "se uma lei pode impor penas fortemente desproporcionais em qualquer caso ela é inconstitucional e, consequentemente, não pode ser aplicada contra ninguém" (PACIOCCO, 2015, p. 194).

---

44. No original: "grossly disproportionate in comparison to what would otherwise have been appropriate for the offender in question" (R. v. Meszaros, 2013, CarswellOnt 15469) apud Paciocco, 2015, p. 194.

45. Smith tinha 27 anos, condenações anteriores, e entrava no Canadá vindo da Bolívia com quantidade de cocaína avaliada em mais de cem mil dólares. Para mais detalhes sobre o Caso Smith, ver Maira Machado et alli 2009, p. 44-46. Vale destacar que em 1996 a legislação canadense sobre drogas foi modificada e eliminou a pena mínima de 7 anos. Nova reforma em 2012 acrescentou pena mínima de 1 ano – em caso de envolvimento com o crime organizado, uso de violência e condenação anterior pela lei de drogas e de 2 anos – em caso de o crime ter sido praticado em área escolar, em instituição prisional ou envolvendo menores de 18 anos (art. 5.3 Controlled Drugs and Substances Act (S.C. 1996, c. 19. Disponível em: [http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-38.8/index.html]. Acesso em: 9 nov. 2015.

Essas duas possibilidades de questionamento judicial da pena mínima colocam em evidência que a identificação de seu caráter "cruel ou não-usual", a ponto de ser declarada inconstitucional, está apoiada sobre as características do caso – incluindo aqui tanto a pessoa quanto as circunstâncias concretas do crime. É claro, como a exigência do critério é grande e como essa "desproporcionalidade exagerada" também não é reconhecida em todos os casos concretos onde tinha tudo para ser, a pena mínima tem, em geral, vida longa. Mas persiste a possibilidade de escapar ao princípio da "obediência à letra da lei infraconstitucional", esperando uma nova maneira de conceber a determinação das penas nos dois sistemas (político e jurídico).

Para avançar sobre este ponto, a parte final desta seção apresenta uma decisão de questionamento constitucional da pena mínima proferida em 2012 pela *Superior Court of Justice* canadense. O objetivo não é explicitar como funcionam os processos decisórios de matéria de penas no Canadá – até porque esta decisão está longe de ser representativa do modo de decidir as penas mesmo no contexto canadense – mas observar de que modo se pode construir decisões sobre a pena com base na lei, na constituição e na jurisprudência, sem ter como ponto de partida a pena mínima prevista no tipo penal.

A decisão diz respeito a um rapaz, Sr. Smickle, que havia sido preso em flagrante em posse ilegal de arma de fogo carregada. Esta conduta está prevista no art. 95.1 do Código Criminal Canadense e sujeita a uma pena máxima de 10 anos de prisão. No tocante à pena mínima (que não existia antes), o Código estabelece duas possibilidades: mínima de 3 anos de prisão, se for a primeira vez que o réu incorre neste crime e mínima de 5 anos, se já houver sido condenado por este crime outras vezes[46] De acordo com a decisão, Sr. Smickle foi encontrado, no apartamento de um primo, com a arma carregada na mão e tirando uma foto para colocar no Facebook. A polícia entrou neste momento

46. Para este crime, o Código estabelece também que, se o crime for processado de modo sumário (*summary conviction offences*), a pena máxima é de 1 ano de prisão, sem indicação de pena mínima. O sistema canadense diferencia os crimes de processamento "sumário" dos crimes que podem gerar indiciamento (*indictable offences*). A distinção baseia-se na gravidade do crime e das penas que podem ser atribuídas. Quando o processo é sumário, o acusado não é indiciado. A legislação estabelece quais crimes devem ser processados por uma ou outra via e, em vários casos, indica que ambos são possíveis (*hybrid offences*). Nessas situações, cabe à promotoria escolher entre uma ou outra via. É esta a situação do caso discutido aqui, em que, havendo ambas as opções na lei, a promotoria decidiu proceder por indiciamento. Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 2.

no local para executar um mandado de busca em relação ao proprietário do apartamento por suspeita de posse de arma ilegal.

Apresentados os fatos e as provas colhidas no decorrer da instrução, o magistrado condena Smickle pela violação do art. 95.1 e diz "devo agora impor uma pena adequada (*fit sentence*) para este réu e para este crime".[47] O magistrado então esclarece que o réu não tem antecedentes e que, de acordo com o Código, a pena mínima para um primeiro crime no âmbito deste artigo é de 3 anos de prisão em uma penitenciária federal. Indica também que a defesa, entre outros argumentos, questionou a validade constitucional desta pena mínima por constituir uma punição cruel e não usual tanto em relação às circunstâncias do caso quanto em relação a outras situações hipotéticas, violando, portanto, o art. 12 da Carta Constitucional Canadense. E, diante disso, a defesa sustenta que a pena apropriada ao Sr. Smickle é uma pena de um ano ou menos a ser cumprida na comunidade. A promotoria, por sua vez, considerou que a pena mínima de 3 anos de prisão é adequada ao caso, apoiando-se em "razoáveis inferências" segundo as quais a arma pertencia ao réu, e não ao proprietário do apartamento, que ele a levou até lá e que, portanto, ele "andou pela comunidade" com a arma. O magistrado, no entanto, não se mostra convencido pelas inferências factuais da promotoria e conclui que, neste caso concreto, a pena mínima de 3 anos de prisão é inconstitucional: "Impor esta pena a ele nestas circunstâncias, particularmente à luz de seu passado imaculado, constitui punição cruel e não usual e violaria o art. 12 da Carta".[48] O magistrado dedica então as 40 páginas restantes de sua sentença a fundamentar tanto a inconstitucionalidade do mínimo legal quanto a pena que considera ser apropriada ao caso: 1 ano de suspensão condicional da pena (*conditional sentence*) a ser cumprida, portanto, na comunidade.

O magistrado procede então à aplicação do "teste" desenvolvido pela jurisprudência constitucional para avaliar se a pena mínima aplicável ao caso concreto viola ou não o dispositivo da Constituição que proíbe penas cruéis ou não usuais. O primeiro passo é definir "o que eu imporia como pena adequada para *esta ofensa* e para *este ofensor* se a legislação não estipulasse uma pena mínima" (grifos meus).[49] Para tanto, o magistrado levou em consideração qua-

47. "Having convicted Leroy Smickle (...), I must now impose a fit sentence for this offender and this crime". Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 3.

48. Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 9.

49. Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 49.

tro fatores: gravidade do crime, características pessoais do réu, circunstâncias particulares do caso e o efeito real da punição no réu. Antes de passar ao exame desses fatores, o magistrado reafirma o princípio fundamental da proporcionalidade mencionado acima – a pena deve ser proporcional à gravidade da ofensa e ao grau de responsabilidade do ofensor (art. 718.1 do Código Criminal) – bem como os incisos subsequentes que estabelecem que: (i) "a pena deve ser similar à pena imposta a ofensores similares, para ofensas similares cometidas em situações similares" (art. 718.2.b); (ii) "um ofensor não deve ser privado de sua liberdade se sanções menos restritivas forem apropriadas às circunstâncias" (art. 718.2.d) e (iii) "todas as sanções não-prisionais disponíveis que são razoáveis nas circunstâncias devem ser consideradas para todos os ofensores, em particular para os ofensores aborígenes" (art. 718.2.e).

Nesse ponto, vale a pena chamar a atenção do leitor para dois elementos: a pena mínima, no sistema canadense, pode não servir como ponto de partida para o processo decisório sobre a sanção. Isto é, o magistrado pode se engajar no exercício de definição da pena para o caso concreto considerando tão somente o próprio caso, as sanções disponíveis e, em alguns casos, a pena máxima estabelecida em lei. E isso não significa que ele "pode fazer o que quiser": as normas que regem o processo decisório sobre a pena exigem que o juiz atente à ofensa (e não ao crime abstratamente previsto em lei) e ao ofensor, e defina a pena considerando outros casos similares. A nova teoria da reabilitação que favorece penas não prisionais e penas menos longas de prisão faz parte também das teorias da pena que o juiz do processo deve considerar. A ideia de "igualdade entre as penas" é fornecida pelo fato de as mesmas condições serem válidas para todos e não por uma pena mínima de prisão prevista em lei em função de um cálculo "uniformizador" que sacrifica a individualização e a busca da pena justa.

Pois bem. O primeiro fator analisado pelo magistrado canadense no Caso Smickle é a "gravidade do crime". Aqui, discorre sobre o "perigo mortal" que as armas de fogo representam e o quanto colocam em risco um "estilo de vida" considerado precioso para o Canadá e para os residentes em Toronto. No entanto, argumenta o magistrado, o crime de posse de arma não é, em si um crime violento, mesmo sendo uma "questão grave". Para o magistrado, o que coloca graves preocupações com a segurança da comunidade é, em realidade, a circunstância da posse e o que é feito com a arma.

Passa então, à análise do segundo fator, as circunstâncias do ofensor. Neste ponto, destaca o fato de o réu ser relativamente jovem e não ter passagem pelo sistema de justiça criminal. Indica também que ele tem emprego e uma relação bastante próxima com sua filha pequena. No tocante ao momento da prisão, o

juiz acrescenta que o réu seguiu todas as instruções da polícia e cooperou plenamente com os policiais. Teve também conduta exemplar, desde então, participando de cursos de ensino médio on-line. Pondera ainda não haver qualquer indicação de que tenha se envolvido em uma "vida criminal" e conclui: "[n] este sentido, reabilitação não é um fator significativo. Mr. Smickle não é uma pessoa que precisa ser reabilitada. No entanto, manter o Sr. Smickle empregado e ligado a sua família e comunidade é a melhor forma de assegurar que ele fique do lado da lei. Colocá-lo em uma penitenciária federal com criminosos seria contra-produtivo para os propósitos de reabilitação e desnecessário para o propósito de prevenção especial (*specific deterrence*)".[50] Aponta por fim que o réu se declarou culpado, o que é visto como indicação de remorso e um elemento redutor da pena.

No tocante ao terceiro fator, as circunstâncias da ofensa, o magistrado registra que a posse foi muito breve e não havia drogas no local, "o que é percebido pela jurisprudência como uma combinação letal". Ademais, ninguém se feriu no episódio. Prossegue indicando outras explicações para uma "conduta de adolescente" e conclui: "as circunstâncias deste caso o colocam no nível mais baixo da escala de condutas que constituem esse crime".[51] Este ponto também deve ser destacado: há uma compreensão das normas de comportamento como invólucros de descrições abstratas que podem conter condutas concretas que variam imensamente e que, portanto, podem ser escalonadas.

Por fim, em relação ao quarto fator, o magistrado aponta que não encontrou na jurisprudência outro caso com todas as circunstâncias singulares deste, o que não o surpreende. Em razão disso, buscou casos similares, para o propósito de comparação, antes da entrada em vigor da lei que instituiu a pena mínima para o crime em questão. Nesse ponto, o magistrado discorre longamente sobre as circunstâncias concretas da ofensa e do ofensor, e as penas aplicadas, em três casos similares ao caso Smickle. No primeiro caso a pena imposta foi de 18 meses, no segundo houve absolvição (*absolute discharge*), e no terceiro a pena imposta foi de um ano de suspensão condicional da pena a ser cumprida na comunidade. Em relação aos dois primeiros casos, a comparação realizada pelo magistrado aponta que as circunstâncias do caso Smickle são menos sérias, exigindo, portanto uma pena inferior a 18 meses. Considerou também não ser caso de absolvição, como no segundo caso. Dadas as semelhanças do caso Smickle com o terceiro caso analisado na sentença, o magistrado conclui

50. Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 57.

51. Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 60.

que a "paridade das penas não justificaria uma pena superior" àquela aplicada ao terceiro caso.[52]

E, diante de todas essas considerações, afirma: "Levando todos esses fatores em consideração e ignorando a pena mínima para o propósito desse exercício, considero que a pena apropriada para o Sr. Smickle é de um ano".[53] O parágrafo seguinte da sentença é dedicado a explicitar de que modo a decisão do magistrado se relaciona com as teorias da pena. Considera que o caso concreto não requer uma pena mais dura com o objetivo de dissuadir ou reabilitar. E reafirma que uma pena mais dura funcionaria, em realidade, contra o propósito de reabilitação. Pondera também que os objetivos de "prevenção geral" (*general deterrence* e *denunciation*) são menos importantes neste caso concreto, mas foram levadas em conta na decisão da pena condicional de 1 ano a ser cumprida na comunidade.

Concluído o processo decisório sobre qual seria a pena adequada ao Sr. Smickle, o magistrado passa à segunda etapa do teste, que consiste em verificar se a pena mínima de um ano de prisão prevista em lei seria "fortemente desproporcional" ao caso em questão. E, no tocante a este ponto, afirma que "[c]laramente, o fato da pena mínima ser 300% maior do que o que seria apropriado constitui um fator importante na determinação de sua forte desproporcionalidade".[54] Além disso, nas três páginas que dedica a justificar o caráter "fortemente desproporcional" da pena mínima de 3 anos e, portanto, sua inconstitucionalidade, o magistrado destaca outro fator relevante identificado pela Suprema Corte no caso Smith: "os efeitos concretos da pena no ofensor, incluindo não apenas a duração da pena, mas sua natureza e condições sob as quais é aplicada".[55] Em relação a este ponto, pondera que três anos de prisão seriam duros para qualquer um, mas ainda mais para o Sr. Smickle, que não tem passagem pelo sistema prisional. Indica também que o réu tem uma filha pequena, uma noiva, mãe e tia que o apoiam e que "essas relações seriam prejudicadas por um longo período de encarceramento como este". E que suas "futuras prospecções profissionais também estariam em risco".[56]

52. Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 74.
53. Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 75.
54. Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 81.
55. Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 81.
56. Superior Court of Justice, Ontario, R. V. Smickle, 2012 ONSC 602, § 81.

6. OBSERVAÇÕES FINAIS

Esta simples e breve apresentação de uma sentença canadense coloca em nosso campo de visão que a relação entre a lei e o juiz no processo decisório sobre as penas constitui questão central no funcionamento do sistema de justiça criminal em jurisdições aparentemente tão distintas quanto a brasileira e a canadense. E esta questão central diz respeito à apropriação, pelos magistrados, da tarefa de efetivamente decidir sobre a pena mais adequada ao caso concreto. Reconhecendo na sentença a existência de duas decisões distintas, trata-se de assumir a responsabilidade por decidir a pena tal como se assume a decisão sobre a imputação. Ao compreender desse modo seu papel – a pena a ser aplicada a este caso concreto deve ser decidida por mim, pois apenas eu, e não o legislador, tenho o caso concreto diante dos olhos – os magistrados serão chamados a refletir sobre quais, dentre as normas de sanção disponíveis na legislação – devem preponderar no momento de sua decisão. O objetivo final é proferir, com base na lei, uma sentença justa que contenha uma pena adequada à conduta e ao indivíduo concreto. Se esta pena deve ser inferior à pena mínima estabelecida pelo legislador, outras normas de sanção previstas na legislação devem preponderar – como as normas constitucionais de proibição de penas cruéis, de individualização e de proporcionalidade das penas e, ainda, conforme discutido neste texto, as normas de sanção que estabelecem o dever de atenuação da pena diante de determinadas circunstâncias. O ponto principal aqui parece ser: o magistrado chama para si a responsabilidade pela decisão sobre a pena a ser aplicada e não permite que esta tarefa decisória seja desempenhada somente pelo legislador.

No caso da sentença canadense discutida aqui, é interessante observar que esta forma de compreender o papel do juiz – condenei, passo agora a decidir uma pena adequada ao caso concreto – pauta as escolhas das normas de sanção que serão mobilizadas pelo magistrado em sua decisão. A pena mínima prevista no tipo não é mera consequência da condenação, ao contrário, ela somente aparece no processo decisório nas etapas finais, para verificar se a pena decidida de acordo com os parâmetros discutidos na seção anterior é ou não fortemente desproporcional ao mínimo legal. E este processo decisório não se desenvolve "contra a lei" ou "fora da lei", mas justamente dentro do marco normativo concebido amplamente que inclui várias outras normas do Código Criminal e da Carta Constitucional, igualmente incidentes à situação concreta.

No contexto brasileiro, assumir a responsabilidade pela decisão sobre a pena a ser aplicada ao caso concreto é justamente o que tem sido feito pelos atores do sistema de justiça que permanecem insistindo em reduzir a pena

aquém do mínimo em razão das atenuantes. Diante desta tarefa, desafiam uma interpretação do quadro normativo cristalizado na Súmula 231 e, com isso, questionam explicitamente uma divisão de tarefas que autoriza ao legislador definir, abstratamente, penas que podem ser injustas ou inadequadas ao caso concreto. Assumir a responsabilidade pela decisão sobre a pena significa também romper com a ideia de que cada juiz poderá "decidir como quiser", baseado tão somente em suas convicções pessoais ou em formulações abstratas de princípios como a proporcionalidade. Assumir a responsabilidade pela decisão sobre a pena e, com ela, ampliar e fortalecer os espaços de atuação jurisdicional, tal como indicado no decorrer deste texto, é o inverso do "decisionismo".

Enfim, observar a sentença – e não a lei – como o lócus apropriado para a decisão sobre a pena e, assim, assumir a responsabilidade por esta decisão exige, como se viu no caso canadense, profunda inserção nas circunstâncias específicas do caso concreto e na biografia do réu. É condição incontornável para a decisão sobre a pena. Foi possível conhecer muito mais sobre o Sr. Smickle, em uma decisão apenas, do que em todas as decisões proferidas nos autos do Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que muito pouco narraram sobre aquele rapaz condenado pelo crime de roubo. Isto é, assumir a tarefa da decisão sobre a pena traz novas exigências para a atividade jurisdicional como um todo, para a produção probatória, para argumentação das partes e para a decisão judicial. E, com elas, uma ampla agenda de pesquisa sobre a divisão de tarefas entre a lei e o juiz em matéria penal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTONI, Eduardo. La cesura del juicio penal. *Determinación Judicial de la Pena* (Roxin, Claus et alli org.). Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

DESROSIERS, Julie. Peines minimales et principes de justice fondamentale: une lecture comparée des articles 12 e 7 de la Charte. *Canadian Criminal Law Review*, 17, 2013.

FERREIRA, Luisa Moraes Abreu. *Penas iguais para crimes iguais? Um estudo da individualização da pena com base em casos de roubo julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação de Mestrado, 2014.

GARCIA, Margarida. Le Code à la carte. Étude des demandes de modification des règles de procédure du Code Criminel canadien, entre 1892 et 1927. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Criminologia da Universidade de Ottawa, 2002.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KERCHOVE, Michel. *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement penal*. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

MACHADO, Maira; MACHADO, Marta; ANDRADE, Fábio. *Sispenas: sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão*. Brasília: Projeto Pensando o Direito MJ/PNUD, v. 6, 2009. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/06Pensando_Direito3.pdf].

_____; PIRES, Alvaro; FERREIRA, Carolina e Schaffa, Pedro. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. Brasília: Projeto Pensando o Direito MJ/PNUD, v. 17, 2009. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/17Pensando_Direito3.pdf].

_____; PIRES, Alvaro et alli. *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Brasília: Projeto Pensando o Direito MJ/PNUD, v. 32, 2010. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/32Pensando_Direito1.pdf].

_____. Intervention politique dans la sentence du droit? Fondaments culturels de la peine minimale. *Criminologie*, 43, 2010.

_____. La question des peines minimales: entre politique et droit. *Rationalité Pénale et Démocratie* (Boulad-Ayoub, Antaki e Robert, org.). Quebec: Presses de L'Université de Laval, 2013.

MACHADO, Marta. O sentido da responsabilização no direito: ou melhor, a invisibilização de seu sentido pelo direito. *Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública*. Lopes, Paulo e Fabiana Leite (org.). Rio de Janeiro: Iser, 2013

MARARIÑOS, Mario. Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena. In: *Determinación Judicial de la Pena* (Roxin, Claus et alli org.). Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação. Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MOELLER, Hans-George. *Luhmann explained: from souls to systems*. Illinois: Open Court, 2006.

NUCCI, Guilherme. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PACIOCCO, David. The Law of Minimum Sentences: *judicial responses and responsibility*. *Canadian Criminal Law Review*, v. 19, 2015.

PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, mar. 2004.

RICOEUR, Paul. *Le juste, la justice et son* échec. Paris: L'Herne, 2005.

ROACH, Kent. Searching for Smith: the constitutionality of mandatory sentences. *Osgoode Hal Law Journal*, 39, 2001.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SHECAIRA, Sérgio; CORREIA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*. Aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Ed. RT, 1995.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade, de Carmen Silvia de Moraes Barros – *RBCCrim* 26/291-295 (DTR\2011\2892); e
- As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, de Miguel Loebmann – *RT* 676/390-392 (DTR\1992\74).

Modelo constitucional de juiz(o) e juízo colegiado de 2º grau na Lei 12.694/2012

Constitutional role model of judge and panel in Law 12.694/2012

Ulisses Moura Dalle

Doutorando e mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Assistente I das disciplinas Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática da Advocacia Criminal Simulada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.
ulissesdalle@yahoo.com.br

Recebido em: 22.02.2016
Aprovado em: 30.05.2016
Última versão autor: 08.07.2016

Área do Direito: Constitucional; Penal

Resumo: O artigo tem o objetivo de verificar se a convocação do juízo colegiado de primeiro grau no julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, tal e qual previsto pela Lei 12.694/2012, é compatível com os modelos constitucionais de juiz(o) e de processo. Metodologicamente, optou-se por uma exposição inicial dos marcos teóricos (modelos constitucionais de juiz(o) e de processo), para só então proceder-se a uma análise crítica da Lei 12.694/2012. Finda a pesquisa, constatou-se não apenas a inconstitucionalidade da convocação do juízo colegiado nos termos da Lei 12.694/2012, mas também a sua desnecessidade ante a existência de um programa de proteção às testemunhas, regulado por lei e perfeitamente aplicável aos membros da magistratura. Concluiu-se, assim, que o magistrado que se sente ameaçado pelas ações de uma organização criminosa deve declarar-se suspeito para prosseguir dirigindo o processo referente a tais

Abstract: This paper has as its aim to verify if summoning up the panel in order to judge criminal organizations' crimes is compatible with constitutional role models of judge and of process. At first, there will be an explanation about constitutional role models of judge and of process. Then, there will be critical analyses of Legislation 12694/2012 in order to conclude for the unconstitutionality of summoning up the panel as stated in Legislation 12.694/2012, but also to demonstrate that it is unnecessary thus a previous witness protection program, regulated by law and perfectly suitable to members of jurisdictional branch (judges). The judge who feels threatened by the actions of a criminal organization has to declare himself/herself disqualified to proceed conducting the case, has to collaborate as a witness and, if it is necessary, has to be included in the witness protection program.

Dalle, Ulisses Moura. Modelo constitucional de juiz(o) e juízo colegiado de 2º grau na Lei 12.694/2012. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 223-264, dez. 2016.

ações, colaborar com a instrução – mas na qualidade de testemunha –, e, sendo o caso, ingressar no programa de proteção às testemunhas.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito – Modelo constitucional de juiz(o) – Modelo constitucional de processo – Organização criminosa – Juízo colegiado de primeiro grau.

KEYWORDS: Democratic Rule of Law – Constitutional judge standard – Constitutional process standard – Criminal organization – First instance collegiate court.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O modelo constitucional de juiz(o) – 3. O modelo constitucional de processo – 4. Os modelos constitucionais de juiz(o) e de processo e a Lei 12.694/2012 – 4.1. A Lei 12.694/2012 – 4.2. O modelo constitucional de juiz(o) e a Lei 12.694/2012 – 4.3. O modelo constitucional de processo e a Lei 12.694/2012 – 4.3.1. A imparcialidade e a Lei 12.694/2012 – 4.3.2. A publicidade e a Lei 12.694/2012 – 4.4. O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e a Lei 12.694/2012 – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em[1] meio à forte comoção que se seguiu ao homicídio de um membro da magistratura do Estado do Rio de Janeiro,[2] levado a cabo, ao que parece, por membros de uma organização criminosa à época infiltrada no 7º Batalhão da Polícia Militar de São Gonçalo/RJ,[3] o Congresso Nacional votou e a Presidência da República sancionou, a toque de caixa, a Lei 12.694/2012, que autoriza o juiz – nos processos ou procedimentos envolvendo organizações criminosas –, a convocar, independentemente de prévia manifestação das partes, um juízo colegiado para a prática de ato processual específico, desde que a decisão esteja fundamentada na salvaguarda de sua integridade física.

1. Artigo produzido com o apoio do Cnpq.
2. Por exemplo, a Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, que dedicou grande parte do seu Informativo 79 (disponível em: [http://www.amaerj.org.br/wp-content/uploads/2011/09/informativo-79.pdf]. Acesso em: 8 out. 2014) à cobertura das investigações do referido homicídio, à manifestação feita em conjunto com a Associação dos Magistrados Brasileiros em memória da juíza assassinada e à cobrar reformas legislativas visando a proteção dos magistrados, entre elas a revisão do sistema processual penal para crimes considerados graves.
3. Informação disponível em: [http://amaerj.org.br/premio/o-premio/patricia-acioli/]. Acesso em: 8 out. 2014.

As reuniões do juízo colegiado poderão ser sigilosas, sempre que a publicidade acarretar prejuízo à eficácia da decisão judicial. Além do sigilo das sessões, a Lei 12.694/2012 vedou a menção a voto divergente quando da publicação da decisão.

A convocação do juízo colegiado de primeiro grau, na forma prescrita pela Lei 12.694/20112, possui imenso potencial de solapamento das garantias constitucionais, em especial dos princípios constitutivos dos modelos constitucionais de juiz(o) e de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), viabilizadores da função de garantia constitutiva de direitos fundamentais assumida pelo processo no Estado Democrático de Direito (BARROS, 2008).

Dessa forma é que, a partir do instrumental teórico proporcionado pelas noções de modelo constitucional de juiz(o) e de processo (capítulos 2 e 3, respectivamente), o presente artigo realiza uma análise crítica das inovações trazidas pela Lei 12.694/2012; das repercussões, na ordem jurídica interna, da adesão, pelo Brasil, ao sistema interamericano de proteção aos direitos fundamentais; e das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as legislações de outros países da América Latina que procuraram dar uma resposta à criminalidade organizada mediante a convocação de juízos colegiados que, por força do anonimato e do sigilo, converteram-se em verdadeiros juízes sem rostos (capítulo 4).

Ao fim do trabalho, concluiu-se que a convocação do juízo colegiado é não apenas inconstitucional, mas também desnecessária, pois já há na legislação brasileira medidas aptas a dar proteção não apenas aos magistrados, mas a todo e qualquer cidadão ameaçado pela ação de organizações criminosas (Lei 9.807/1999).

2. O MODELO CONSTITUCIONAL DE JUIZ(O)

A Constituição brasileira, a exemplo da italiana, traz em seu bojo um modelo constitucional de juiz(o)[4] caracterizado pela ordinariedade, pré-constituição, idoneidade, independência e imparcialidade (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

A ordinariedade determina que o órgão jurisdicional deve fazer parte de uma ordem jurídico-constitucional com pretensão de perenidade, de subsis-

4. Andolina e Vignera utilizam-se do termo "juiz" (giudice) indistintamente, para referirem-se tanto ao "juiz" quanto ao "juízo". Visando evitar essa imprecisão terminológica, optou-se pela grafia "juiz(o)".

tência no tempo; ela "se concretiza com o pertencimento do órgão a uma ordem jurisdicional inserida de forma estável e permanente no aparato burocrático do Estado (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 59, tradução nossa)".[5]

No Brasil, os órgãos estáveis e permanentes do judiciário que exercem funções jurisdicionais são apenas o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (CR, art. 92), além, é claro, dos Tribunais do Júri (CR, art. 5.º, XXXVIII) e dos Juizados Especiais Criminais (CR, art. 98). Portanto, a atribuição de competência jurisdicional a qualquer outro órgão, por lei complementar ou ordinária, ou mesmo decreto, caracterizaria a criação de juízo de exceção, que é expressamente vedada pela Constituição da República (CR, art. 5.º, XXXVII).

Pela pré-constituição do juízo postula-se que a competência concreta para um caso só pode ser aferida por critérios gerais, abstratos e preexistentes (ANDOLINA; VIGNERA). Desta forma, uma vez fixada a competência, ela já não pode ser alterada, porque "a competência é exclusiva de quem a detém e excludente das demais, tudo de modo a se chegar, a partir dos critérios da sua distribuição, a um juízo único para o ato processual (...) é como se o crime 'agarrasse' o juiz (COUTINHO, 2009, p. 806)".

E não poderia ser diferente, tendo em vista que "pensamento diverso, aliás, poderia abrir um precedente capaz de possibilitar a escolha de um juiz 'mais interessante' para o julgamento de determinados casos penais, depois dos crimes terem acontecido, segundo critérios pessoais (mais liberal ou mais conservador, por exemplo), o que pode apontar na direção da suspeita da sua imparcialidade (em juízo *a priori*, naturalmente), algo sempre abominado (COUTINHO, 2009, p. 808)".

Portanto, as características pessoais do réu, seu comportamento social – atual ou pregresso –, suas atividades processuais, ou mesmo as circunstâncias mais ou menos graves do delito, não podem, de maneira alguma, influenciar na determinação da competência (CR, art. 5.º, LIII).

A independência do juiz(o) assegura que os órgãos do Judiciário com atribuições jurisdicionais não serão subordinados a quaisquer outros órgãos do Estado, quer eles possuam natureza jurisdicional, quer não, haja vista que "a

5. No original: "l' ordinarietà si concreta nell' apparteneza dell' organo ad un ordine giurisdizionale inserito stabilmente e permanentemente nell' aparato burocrático dello Stato (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 59)".

independência exige a ausência de vínculos de subordinação (jurídica ou de fato) do juiz em relação aos outros órgãos (jurisdicionais ou não) do Estado (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 59, tradução nossa)".[6]

No modelo constitucional de juiz(o) brasileiro, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio dos magistrados (CR, art. 95) não visam outra coisa senão assegurar a independência do juiz(o).

A idoneidade se alcança mediante preparação profissional de excelência para os magistrados (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

No Brasil, a exigência de concurso público de provas e títulos para ingresso na magistratura (CR, art. 93, I), a promoção alternada dos juízes, por antiguidade e merecimento (CR, art. 93, II) e a realização de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados (CR, art. 93, IV), demonstram a recepção da idoneidade como atributo do modelo constitucional de juiz(o).

Por fim, a imparcialidade exige que o juiz se mantenha alheio perante as partes e o objeto da demanda; "a imparcialidade consiste no alheamento do magistrado em relação às partes e aos interesses em causa, bem como à *res iudicanda* (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 59, tradução nossa)".[7]

Em síntese, a ordinariedade pode ser aferida pela presença de disposições normativas institutivas de um complexo jurisdicional; a pré-constituição, pela aplicação das leis sobre competência jurisdicional vigentes à época do cometimento do delito; a idoneidade, pela presença de leis que disciplinem os requisitos e modalidades de recrutamento de magistrados; a independência, pela presença de leis que organizem o aparato jurisdicional e a carreira na magistratura.

Portanto, todas essas características do modelo constitucional de juízo são anteriores e independentes de uma adequada estruturação normativa dos processos jurisdicionais, porque "a verificação da subsistência das características de ordinariedade, pré-constituição, independência e idoneidade prescinde da consideração dos elementos subjetivos (id est: magistrado e partes) e objetivos (id est: interesses em causa e matéria a ser decidida) relacionados em um de-

6. No original: "l' indipendenza exige l' assenza di vincoli di subordinazione (giuridica o di fato) dell giudice rispetto agli altri organi (giurisdizionali o non) dello Stato (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 59) ".

7. No original: "l' impparzialità consiste nell' estraneità del magistrato rispetto alle parti ed agli interessi in causa, nonché ala res iudicanda (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 59)".

terminado processo, uma vez que tal verificação postula a valoração de fatores pré-existentes ao próprio processo, quais sejam, as normas jurídicas sobre instituição, competência e organização de um certo aparato jurisdicional, assim como aquelas sobre o recrutamento e a carreira dos juízes (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 60, tradução nossa)".[8]

Situação diversa, porém, é a da imparcialidade, cujo alheamento imposto ao juiz só se alcança com o auxílio de uma estruturação normativa do processo que permita a verificação de existência de vínculos objetivos, subjetivos ou psicológicos entre o juiz e as partes, ou mesmo entre o juiz e o objeto da demanda. Nas palavras de ANDOLINA e VIGNERA, "apenas o requisito da imparcialidade reage sobre a organização técnica do processo, que deve ser estruturado de modo a consentir com a sua realização (1997, p. 61, tradução nossa)".[9]

Desde esse ponto de vista, a imparcialidade emerge como elemento constitutivo do próprio conceito de processo.

ANDOLINA E VIGNERA afirmam, então, que múltiplas cognições sobre matérias que tangenciam o mérito, como as realizadas em sede cautelar, seguidas de uma decisão meritória em sentido estrito, são incompatíveis com um módulo processual imparcial, haja vista que "a valoração precedente sobre a mesma matéria, realizada pelo juiz, detona mecanismos psicológicos suscetíveis de condicionar o conteúdo de sua decisão, uma vez considerados aquele vínculo que eventualmente pode advir durante a reconsideração crítica, ou aquela natural relutância de qualquer um em mudar suas próprias ideias e reconhecer os próprios enganos, ou, até mesmo, a perspectiva de consequências negativas (responsabilidade civil, sanções penais) (1997, p. 44)".[10]

---

8. No original: "la verifica circa la sussistenza dei connotati dell' ordinarietà, dela precostituzione, dell' indipendenzza e dell' idoneità prescinde dalla considerazione degli elementi soggettivi (id est: magistrato e parti) ed oggettivi (id est: interessi in causa e matéria del decidere) coinvolti in um determinato processo, atteso che tale verifica postula la valutaazione di fattori preesistenti al processo stesso, quali sono l enorme giuridiche sull' istituzione, sulla competenza e sull' organizzazione di um certo aparato giurisdizionale, nonché quelle sul reclutamento e sulla carriera dei giudici (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 60)".

9. No original: "soltanto il requisito dell' imparzialità reagisce sull' organizzazione tecinica del processo, il quale deve essere strutturato in modo tale da consentirne la realizzazione (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 61)".

10. No original: "la precedente valutazione compiuta dal giudice sulla stessa matéria innesca meccanismi psicologici suscettibili di condizionare il contenuto dela sua deci-

As restrições às múltiplas cognições meritórias – que no processo penal exigem, via de regra, o contato prévio com elementos de convicção produzidos unilateralmente pela acusação –, justificam-se pela tendência que todo sujeito cognoscente tem de manter a consonância entre suas pré-compreensões e os dados da realidade que lhe são perceptíveis. Dessa forma, as instâncias conscientes da mente deixam-se levar por um mecanismo inconsciente de autoconfirmação de hipóteses anteriormente consideradas corretas e de menosprezo pelas informações que contrariem essas hipóteses (efeito perseverança), bem como de busca seletiva das informações que confirmem tais hipóteses (efeito redundância) (SCHÜNEMANN, 2013).

Um outro mecanismo capaz de comprometer a imparcialidade no processo jurisdicional é a iniciativa probatória do juiz, pois também orientada à confirmação de hipóteses previamente estabelecidas.

Neste sentido, CORDERO explica que o juiz que sai à cata de provas o faz engendrado por um quadro mental paranoico, no qual a decisão pela culpabilidade do réu já foi tomada. Resta-lhe, então, apenas encontrar os elementos de convicção necessários à fundamentação de sua decisão, configurando um verdadeiro primado das hipóteses (fruto da consciência isolada do julgador) sobre os fatos (fruto da atividade probatória realizada em contraditório pelas partes) (2012).

Propõe-se, então, que uma garantia eficaz à imparcialidade depende, no processo penal, da criação de varas com competência exclusiva para o controle de juridicidade dos atos do inquérito policial e para a análise do cabimento de medidas cautelares que eventualmente possam tangenciar o mérito do caso penal, assim como da iniciativa probatória exclusiva das partes.[11] E não poderia ser diferente, haja vista que, assim como a atuação do juiz na fase do inquérito policial é uma fonte permanente de contágio pelos elementos de convicção produzidos unilateralmente pelos órgãos estatais encarregados da persecução

---

sione, in considerazione di quel vincolo che all' eventuale ripensamento critico può venire o dalla naturale riluttanza di ciascuno a cambiar le proprie idee e riconoscere i propri torti, o addiruttura, dalla prospettiva di conseguenze negative (responsabilità civili, sanzione penali) (ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 44)".

11. Note-se que Aury Lopes Jr. recomenda, com acerto, a exclusão física de elementos de convicção do inquérito policial obtidos fora do incidente de produção antecipada de provas. Trata-se, sem dúvida alguma, de medida técnica imprescindível à garantia da imparcialidade, mas que não será objeto de análise mais detida no presente trabalho por tratar-se de matéria afeita à estruturação da investigação preliminar, e não propriamente do processo penal.

penal, a produção de prova *ex oficio* é a evidência mais clara de que esse contágio efetivamente ocorreu.

Portanto, a impossibilidade de múltiplas cognições meritórias (v.g. a decisão que defere uma medida cautelar, seguida de uma sentença, ambas proferidas pelo mesmo magistrado), assim como a vedação de atividades probatórias *ex oficio*, afiguram-se imprescindíveis a qualquer módulo processual que pretenda transmitir às partes a aparência de um julgamento imparcial.

A teoria da aparência – segundo a qual a parcialidade do juiz não precisa estar objetivamente comprovada, bastando a mera possibilidade de um julgamento tendencioso para que que se considere quebrada a imparcialidade – foi formulada pela primeira vez, pelo que se tem notícia, no julgamento do caso *De Cubber x Bélgica* (1984) pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) (MAYA, 2011).

Segundo MAYA, no julgamento do caso *De Cubber* o TEDH assentou que "o que importa não é (...) a capacidade do juiz de manter-se imparcial, ou o fato de ele ter ou não ter se contaminado com os elementos indiciários colhidos na investigação, mas, sim, a visibilidade, a impressão do acusado e da sociedade em relação à imparcialidade do julgador (2011, p. 148)."

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – cuja competência contenciosa foi reconhecida pelo Brasil em 1998, mediante a publicação do Decreto Legislativo nº 89/1998 (GIACOMOLLI, 2014) – a teoria da aparência vem sendo adotada pelo menos desde 2008, quando se procedeu ao julgamento do caso *Apitz Barbera x Venezuela*.

Naquela ocasião a CIDH resgatou a jurisprudência do TEDH acerca da teoria da aparência para afirmar que "o juiz deve *parecer* atuar livre de influência, aliciamento, pressão, ameaça ou intromissão, direta ou indireta, atuando única e exclusivamente conforme ao – e movido pelo – Direito (CIDH, 2008, não paginado).[12]"

Nestes termos é que, manifestando clara adesão à teoria da aparência, GIACOMOLLI afirma que para a caracterização da parcialidade "basta a mera possibilidade, a exteriorização da volição interna capaz de colocar em dúvida a imparcialidade, não se fazendo necessária uma demonstração certificatória (2014, p. 233)."

12. No original: "Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho (CIDH, 2008, não paginado)."

Ainda que indispensáveis à adequação da legislação interna aos postulados do Pacto de São José da Costa Rica e à jurisprudência da CIDH (teoria da aparência), a criação de varas com competência exclusiva para o acompanhamento de inquéritos policiais e análise do cabimento de medidas cautelares, bem como a proibição de iniciativa probatória oficiosa, são medidas insuficientes à uma aplicação imparcial de normas jurídicas.

Cabe, então, resgatar a sugestão de ANDOLINA E VIGNERA, que propõem, como técnica possível de garantia da imparcialidade do juiz(o), a estruturação de módulos processuais compatíveis com o que eles denominaram de modelo constitucional de processo (1997).

Neste sentido é que nas duas últimas décadas alguns processualistas da Escola Mineira de Processo, partindo do estoque teórico fornecido por Habermas, procederam a uma apropriação da terminologia de Andolina e Vignera, em especial do conceito de modelo constitucional de processo, e analisaram a viabilidade de seu emprego no contexto constitucional brasileiro (BARROS, 2008, 2009; NUNES, 2012).

É com base nos resultados dessa proposta teórica fornecida pela Escola Mineira de Processo que a presente pesquisa procederá à análise crítica da Lei 12.694/2012. Antes, porém, será necessário esclarecer o que vem a ser o modelo constitucional de processo.

3. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

De acordo com BARROS, o modelo constitucional de processo é uma base principiológica uníssona que, no caso brasileiro, é composta pelos princípios do contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e terceiro imparcial (2008; 2009).

Atenta, porém, às características do modelo constitucional de processo enumeradas por ANDOLINA e VIGNERA – a variabilidade, compreendida como a aptidão dos microssistemas processuais para especializarem-se de acordo com a natureza do provimento final a ser prolatado; a perfectibilidade, que é a permanente possibilidade de os microssistemas processuais serem aperfeiçoados; e a expansividade, por meio da qual os princípios constitucionais que conformam o modelo constitucional de processo se irradiam para os demais microssistemas (1997) –, BARROS esclarece que esses princípios podem assumir feições distintas, a depender do microssistema processual em que devem ser concretizados; esclarece ainda que, a depender do microssistema processual, princípios constitucionais outros devem ser acrescidos à base principiológica uníssona, como ocorre, por exemplo, no microssistema do processo penal, no

qual as garantias individuais de liberdade e a presunção de inocência vieram se somar ao contraditório, à ampla argumentação, à fundamentação das decisões e ao terceiro imparcial (2008; 2009).

Ao ressaltar o caráter uníssono da base principiológica que conforma o modelo constitucional de processo, BARROS tem em mente a relação de complementariedade e interdependência dos princípios constitucionais do processo, de modo tal que à violação de um desses princípios sempre corresponderá à violação reflexa dos demais (2008; 2009).

Assim, se a violação a um princípio constitucional que conforma a base principiológica uníssona do modelo constitucional de processo implica em violação reflexa aos seus demais princípios, não é menos evidente que, a *contrario senso*, da máxima concreção de cada um desses princípios decorrerá a máxima concreção dos demais.

Parece, então, apropriado afirmar que somente um módulo processual estruturado em conformidade com os princípios do contraditório, da ampla argumentação e da fundamentação das decisões será também, por inferência lógica, imparcial. A expansão desses princípios aos microssistemas do direito processual é, portanto, a via constitucionalmente apta a viabilizar uma aplicação imparcial de normas jurídicas.

Porém, para que se possa compreender as implicações desta afirmação faz-se necessário, antes, discorrer sobre o papel dos princípios constitucionais do processo no Estado Democrático de Direito.

Segundo Habermas, no Estado Democrático de Direito os princípios processuais oferecem as condições para o exercício das liberdades comunicativas; eles "garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários (HABERMAS, 2010, p. 274)".

Desde esse ponto de vista, o contraditório no processo jurisdicional não pode mais ser compreendido como simples dever imposto ao juiz de "atribuir audiência a ambas as partes (GOLDSCHMIDT, 1950, não paginado)", e sim como efetiva possibilidade de as partes influírem no resultado do provimento jurisdicional, vedada a prolação de decisões que lhes surpreendam com questões de fato ou de direito não debatidas endoprocessualmente (NUNES, 2012).

Sob a mesma ordem de ideias, a ampla defesa foi ressemantizada por BARROS como ampla argumentação, para incluir em seu bojo "o direito à prova, à assistência de um advogado, à necessidade de se garantir que as partes pos-

sam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas *prima facie* aplicáveis são mais adequadas ao caso concreto (2008, p. 21)."

É no campo da ampla argumentação enquanto direito à prova que a interdependência entre esse princípio e o contraditório fica mais evidente, pois a predicação do contraditório enquanto efetiva influência no resultado do processo importa em produção dialógica da prova, no sentido de que não basta assegurar à contraparte o direito de se manifestar quanto à prova pré-produzida. Nestes termos, o contraditório deve ser visto como uma técnica de produção do material probatório que impõe simultaneidade entre as atividades dos sujeitos processuais e a colheita de provas, razão pela qual NUNES afirma que o direito à prova implica "o direito de assistir pessoalmente à assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador" (2012, p. 230).

Já a interdependência entre o contraditório e a fundamentação das decisões exprime-se pela necessidade de congruência entre as provas e argumentos discursivamente levados aos autos pelas partes, em simétrica paridade, com o conteúdo dos provimentos jurisdicionais (BARROS, 2009; BRÊTAS, 2012). É essa correlação entre contraditório e fundamentação das decisões que impede, nos dizeres metafóricos de BARROS, que o juiz se comporte como um mágico que inesperadamente retira um coelho da cartola, isto é, que decida em dissonância com as provas e argumentos produzidos em contraditório (2008).

Por fim, é possível formular uma noção de imparcialidade compatível com a interdependência entre os princípios constitutivos da base principiológica do modelo constitucional de processo mediante a adoção de um módulo processual bifásico, composto por uma primeira fase que, além de preparar a atividade instrutória, permita a problematização, em uma audiência preliminar, de quaisquer pontos que os sujeitos processuais julgarem relevantes; e uma segunda fase, de instrução e julgamento, na qual todas essas problematizações seriam postas à prova.

NUNES explica que a primeira fase do processo bifásico "poderia ser realizada mediante a prévia troca de petições (um arrazoado para cada parte) e a fixação de uma audiência preliminar de debate e de discussão obrigatória de todos os pontos controvertidos, de fato e de direito, de modo que todos os sujeitos processuais estariam prontos (se desejassem estar) e saberiam todos os argumentos relevantes a serem discutidos na segunda fase, quando ocorreria a segunda audiência de colheita de provas e de discussão dos pontos principais (NUNES, 2012, p. 243)".

Assim, cada um dos sujeitos processuais chegaria à audiência de instrução e julgamento razoavelmente ciente dos fatos que cada um dos demais sujeitos processuais julgam relevantes, das provas que pretendem produzir, das normas que julgam aplicáveis ao caso e das interpretações que dão a essas normas, de modo tal que "impedir-se-ia a pratica recorrente, de as partes, até a audiência de instrução, não possuírem a menor ideia do que o juiz reputa relevante para a formação da decisão, e de juntarem tudo aquilo que *imaginam* que poderia ser levado em consideração, *mas num campo de total incerteza* (NUNES, 2012, p. 119, negritos do autor)".

Uma estrutura normativa nesses termos está em conformidade com a ressemantização dos princípios do modelo constitucional de processo levada a cabo no seio da Escola Mineira de Processo, pois estimula a exposição dos argumentos dos sujeitos processuais e constrange o juiz a esclarecer quais fatos ele considera controversos, orienta a atividade probatória das partes, torna prescindível a iniciativa probatória *ex oficio*, enfim, favorece a ampla argumentação e minimiza a possibilidade de as partes serem surpreendidas, na sentença, com argumentos não debatidos endoprocessualmente.[13]

Apesar dessa estrutura processual bifásica ter sido proposta por NUNES para o processo civil (2012), não há motivos para não adotá-la também no processo penal, haja vista que os princípios que compõem o núcleo do modelo constitucional de processo são os mesmo para todo e qualquer microssistema processual, parecendo insofismável que os entendimentos diversos recaem na esquizofrenia processual que tende a ver o processo penal e o processo civil como microssistemas ontologicamente distintos, e, portanto, sem referências constitucionais convergentes (MONTERO AROCA, 2014).

No entanto, é de se grifar com traço forte que ao núcleo do modelo constitucional de processo (contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e imparcialidade) vieram somar-se, no processo penal, os princípios que garantem a liberdade individual e a presunção de inocência (BARROS, 2008; 2009), de maneira tal que a audiência preliminar no processo penal deve assumir algumas feições diversas das do processo civil.

13. "A delimitação, seleção e discussão, na fase preparatória, de todas as matérias de fato e de direito (inclusive as oficiosas) que possam ser relevantes para a decisão não constituem uma mera tendência na direção da colaboração entre os sujeitos processuais, mas é um importante instrumento de realização do contraditório (NUNES, 2012, p. 242)."

A título de exemplo, se na audiência preliminar do processo civil é aconselhável que o juiz proceda à distribuição dinâmica do ônus da prova, ao invés de comprometer sua imparcialidade produzindo *ex ofício* a prova (DALLE, 2014), no processo penal o princípio da presunção de inocência impõe a exclusividade dos encargos probatórios à acusação, não sendo facultado ao juiz alterar esse imperativo constitucional para onerar o réu com provas que ele não está obrigado a produzir.

A realização obrigatória da audiência preliminar – tanto no processo civil quanto no processo penal – ainda apresenta a vantagem adicional de ser um mecanismo técnico que permite às partes controlar, a partir de critérios objetivos, se houve uma aplicação imparcial de normas jurídicas.

Com efeito, tendo os sujeitos processuais realizado, na audiência preliminar, a problematização dos pontos que reputarem relevantes (i.e. dos fatos controversos, das normas aplicáveis *prima facie* e do sentido atribuído a essas normas), o grau de correspondência entre o que foi predeterminado naquela audiência e o que foi realizado na audiência de instrução e julgamento – e, em especial, entre as predeterminações da audiência preliminar e o conteúdo da sentença – fornece uma medida segura e objetivamente aferível da medida da imparcialidade do julgador.

A fim de se ilustrar como um controle objetivo da imparcialidade seria possível mediante a adoção obrigatória da audiência preliminar, pode-se evocar, a título de exemplo, uma hipótese na qual, durante a audiência preliminar, os sujeitos processuais tenham chegado a um consenso quanto à imprescindibilidade da prova pericial para a comprovação da materialidade delitiva. Se, uma vez realizada a instrução, e ausente o laudo pericial, o juiz julgar comprovada a materialidade, sua parcialidade em favor da acusação poderá ser objetivamente demonstrada pelo réu, em grau de recurso, haja vista a ausência de correspondência entre o que foi definido na audiência preliminar e o conteúdo da sentença.

A imparcialidade pode ser ressemantizada, nesses termos, como a relação de congruência entre os conteúdos da audiência preliminar e os conteúdos da audiência de instrução e julgamento, e, em especial, o conteúdo da sentença; ou ainda, como a relação de congruência entre os conteúdos da primeira e da segunda fase do processo bifásico.

A essa relação de congruência entre os conteúdos das duas fases do processo bifásico devem ser somadas a impossibilidade de múltiplas cognições meritórias pelo mesmo juiz e a vedação de provas produzidas *ex ofício*, impedindo-se, desta forma, uma gestão paranoica do conteúdo probatório.

DALLE, Ulisses Moura. Modelo constitucional de juiz(o) e juízo colegiado de 2º grau na Lei 12.694/2012. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 223-264, dez. 2016.

4. OS MODELOS CONSTITUCIONAIS DE JUIZ(O) E DE PROCESSO E A LEI 12.694/2012

A Lei 12.694, promulgada em julho de 2012, foi uma resposta emergencialista[14] e irrefletida ao assassinato de uma magistrada fluminense que, àquela época, conduzia alguns processos que tinham como réus membros de uma organização criminosa que teria se instalado no quadro de pessoal da Polícia Militar do Rio de Janeiro.

Claramente influenciado pelos postulados do Direito Penal do inimigo (JAKOBS, 2012),[15] o Congresso Nacional introduziu no sistema processual

14. O emergencialismo penal é a tendência à requisição do sistema de persecução penal para a solução de situações excepcionais para as quais ele não fora inicialmente pensado. Segundo MOCCIA, a lógica emergencialista faz com que Direito penal deixe de "ser subsidiário e se converte na prima ratio da política social, uma espécie de panaceia ilusória com a qual se quer afrontar e resolver os mais diversos problemas sociais (2006, p.305). A característica mais marcante do emergencialismo é o eficientismo penal, que ao buscar a todo custo uma resposta punitiva rápida e eficaz, acaba por limitar ou suprimir direitos e garantias fundamentais, no mais das vezes mediante o incremento ou desvio das funções processuais a serem exercidas pelo juiz (MOCCIA, 2006). Trata-se, na visão de MOCCIA, de um *panpenalismo* que é cego à impossibilidade de o sistema de persecução penal dar uma resposta adequada às causas da violência e da criminalidade, que são preponderantemente culturais, sociais, econômicas, enfim, estruturais e, portanto, não contingentes (2006). Para uma compreensão aprofundada do tema, além de MOCCIA, 2006, *vide*: BARROS, Flaviane de Magalhães. O inimigo no processo penal: uma análise a partir da relação entre Direito e política; BONACCORSI, Daniela Villani. A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal; BONACCORSI, Daniela Villani. A denúncia alternativa no crime de lavagem de dinheiro.

15. Segundo JAKOBS, o ordenamento jurídico deve prever, de um lado, um sistema de persecução penal no qual estão assegurados todos os direitos e garantias fundamentais, mas direcionado apenas aos cidadãos, isto é, àqueles indivíduos que, a despeito de eventualmente praticarem crimes, demonstram reconhecer validade e legitimidade às leis do Estado e disposição para agir conforme seus preceitos; de outro lado, deveria se criar um sistema paralelo – no qual os direitos e garantias fundamentais são relativizados –, direcionado exclusivamente aos inimigos, aos não pessoas, àqueles indivíduos de comportamento errático que, por princípio, não se deixam determinar pelas leis do Estado. Estes últimos estão, por escolha própria, excluídos da cidadania. JAKOBS propõe, para os sobreditos inimigos, um sistema de persecução penal dotado, basicamente, das seguintes características: (I) antecipação da punibilidade, que avança dos atos de execução para os meramente preparatórios; (II) incremento e desproporção das penas, que passam a ter um nítido caráter de neutralização do

penal brasileiro uma estrutura normativa que viola às escancaras os modelos constitucionais de juiz(o) e de processo, as normas do Pacto de São José da Costa Rica e a jurisprudência uníssona da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tais constatações justificam, por si só, os tópicos seguintes.

4.1. A Lei 12.694/2012

Nos termos da lei, será considerada uma organização criminosa a associação de três ou mais pessoas para a prática de crimes transnacionais ou cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, desde que presentes, também, os requisitos da estruturação ordenada (hierarquia) e da divisão de tarefas entre os seus membros.[16]

Uma vez presentes os requisitos que, segundo o legislador, caracterizam uma organização criminosa, o juiz poderá decidir pela formação de um órgão colegiado para a prática de qualquer ato processual.

Na fundamentação da decisão que convoca o juízo colegiado deverão constar os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à integridade física do juiz, a evidenciar que a convocação do colegiado depende de prévia ameaça ou de tentativa de coação que representem risco à integridade do próprio magistrado – mas não de terceiros, como familiares e amigos.

O juízo colegiado será formado pelo juiz do processo e por dois outros juízes com competência para o julgamento de casos penais em primeiro grau de jurisdição, escolhidos aleatoriamente, por via eletrônica.

---

agente; (III) supressão e/ou relativização de garantias processuais (JAKOBS, 2012). Para uma análise crítica dos postulados teóricos do direito penal do inimigo, *vide* MELIÁ; DÍEZ. Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, vol. I e II; CONDE. Edmund Mezger e o Direito Penal do seu tempo: estudos sobre o direito penal no Nacional-Socialismo.

16. A Lei 12.850/2013, que tipificou o crime de "organização criminosa", previu como elementares a "associação de 4 (quatro) ou mais pessoas" e a "prática de infrações penais" (art. 1.º, § 1.º). As demais elementares são idênticas àquelas constantes no art. 2.º da Lei 12.694/2012. A prevalecer a literalidade da lei, o juízo colegiado poderá ser convocado a despeito da inexistência de uma organização criminosa em seu sentido jurídico penal, haja vista que o crime "organização criminosa" só se perfaz com a associação de quatro ou mais pessoas, ou seja, no mínimo um indivíduo a mais do que o necessário para a convocação do juízo colegiado.

Quanto à competência, as atividades do juízo colegiado são limitadas à prática do ato processual para o qual foi convocado.

As reuniões para a prática do ato poderão ser sigilosas, sempre que a publicidade das reuniões representar risco à eficácia da decisão judicial.

Por fim, proibiu-se que, na publicação da decisão, seja veiculada qualquer menção a voto divergente de um dos membros do juízo colegiado.

As disposições da Lei 12.694/2012 enunciadas alhures são um reflexo claro da influência que uma política criminal inspirada no Direito Penal do inimigo vem exercendo sobre o legislador brasileiro. Como não poderia deixar de ser, haja vista a fonte ideológica da qual emanam, tais disposições são materialmente incompatíveis com os modelos constitucionais de juiz(o) e de processo, conforme se evidenciará nos tópicos seguintes.

4.2. O modelo constitucional de juiz(o) e a Lei 12.694/2012

A ordinariedade, primeiro elemento do modelo constitucional de juízo elencada por ANDOLINA E VIGNERA, é caracterizada pela estabilidade e permanência do órgão julgador em uma estrutura jurisdicional complexa, de modo tal que a criação de tribunais de exceções reste vedada (1997). Nesse sentido, ao referir se ao art. 5.º, XXXVII,[17] da CR, GIACOMOLLI aduz que no direito brasileiro "não se admite a criação de juízos *ad hoc*, para processar e julgar um determinado caso ou conjunto de casos, em qualquer grau jurisdicional (2014, p. 258)".

No sistema jurídico brasileiro, a estabilidade e a permanência do juízo são asseguradas pelo elenco, *numerus clausus*, na própria Constituição, dos órgãos estatais com atribuições jurisdicionais.

Dessa forma, nenhuma lei, ato normativo ou mesmo provimento monocrático, como no caso da Lei 12.694/2012, poderá determinar a criação ou convocação *ad hoc* de órgãos jurisdicionais diversos daqueles constitucionalmente previstos. Ao discorrer sobre a impossibilidade de criação de juízo ou Tribunal cuja existência não tenha sido expressamente admitida pela Constituição, BADARÓ explica que "se a Constituição veda os Tribunais de exceção (CF/1998, art. 5.º, XXXVIII), já assegura que somente poderão exercer a função jurisdicional os órgãos integrantes do Poder Judiciário. E, como a mesma Constituição, expressamente, prevê a composição orgânica do judiciário (art. 92 combinado com o art. 5.º, XXXVIII, e art. 98, *caput* e § 1.º), evidentemente,

17. Art. 5.º, XXXVII: "não haverá juízo ou tribunal de exceção."

são estas autoridades, e somente estas, que têm o poder de julgar, segundo a Constituição (2014, p. 148)".

Diante da inexistência de disposição constitucional expressa que faculte ao legislador a criação de um colegiado de primeiro grau com competência para o julgamento de crimes que envolvam organização criminosa, qualquer lei ordinária que assim disponha, tal como a Lei 12.694/2012, será inconstitucional, por manifesta afronta ao art. 5.º, XXXVIII da CR; e, como não poderia deixar de ser, qualquer juízo assim criado ou convocado não passará de um Tribunal de exceção.

Além da vedação de juízos *ad hoc*, depreende-se que da necessidade de pertencimento estável e permanente à ordem jurídica estatal decorre, também, a inadmissibilidade de juízo ou tribunal sujeito a termo certo para sua extinção (ANDOLINA; VIGNERA, 1997); ou, a despeito de não mencionado expressamente por Andolina e Vignera, mas obedecendo à mesma lógica, a uma condição resolutiva. Porém, a prática do ato processual para o qual o colegiado de primeiro grau foi convocado é, justamente, a condição resolutiva que põe fim à sua existência, porque, na dicção da Lei 12.694/2012, a competência do colegiado restringe-se à prática do ato processual para o qual foi convocado. Uma vez praticado o ato, o colegiado será desfeito, e, caso ele tenha sido convocado para a prática de uma decisão interlocutória, o processo seguirá seu curso regular, sob a condução exclusiva do juízo monocrático. Assim, é possível que o colegiado sequer subsista à prolação da sentença, na hipótese de ter sido convocado para a prática de um ato processual anterior ao provimento meritório.

Porém, um juízo cuja existência jurídica não se protrai de maneira indefinida no tempo; um juízo que, pelo contrário, é criado para durar menos que o próprio processo ao qual deve instruir ou julgar, não preenche, de forma alguma, os requisitos de estabilidade e permanência, ambos constitutivos da ordinariedade requerida pelo modelo constitucional de juiz(o).

Caracterizada, portanto, a extraordinariedade do colegiado de primeiro grau previsto na Lei 12.694/2012, haja vista tratar-se de órgão jurisdicional que opera "de modo precário e temporário, sendo instituído para fazer frente a situações excepcionais e contingentes (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 18)."[18]

No entanto, a criação de um órgão jurisdicional não previsto nas normas constitucionais é apenas a maneira mais visível, e menos sofisticada, de afronta ao modelo constitucional de juiz(o), e chega a surpreender que a Lei

18. No original: "operante in modo precário e temporaneo, essendo instituito per fronteggiare situazioni ecezzionali e contingenti (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 18)".

12.694/2012 o tenha feito, ante a inexpugnável visibilidade de sua inconstitucionalidade, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal quanto a uma lei semelhante, do Estado do Alagoas.[19]

Maneira muito mais sub-reptícia de impor ao acusado um juízo ou tribunal diverso daquele que seria devido é a alteração *post factum*, com aplicabilidade imediata, das regras referentes à competência.[20]

Ingressa-se, assim, no campo da pré-constituição, característica do modelo constitucional de juízo que está a exigir que a atribuição de competência seja

19. A Lei 6.806/2007, do Estado de Alagoas, criou a 17ª Vara da Comarca de Maceió, com competência para processar e julgar os crimes praticados por membros de organizações criminosas. O juízo da 17ª Vara é formado por 5 magistrados com mandato prorrogável de 2 anos, a critério do Presidente do Tribunal, desde que ouvido o Pleno. No julgamento da Adin 4.414 (março de 2012), interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Pleno do STF declarou, em decisão unânime, a inconstitucionalidade de uma série de artigos da Lei 6.806/2007, dentre eles o que permitia ao colegiado de primeiro grau a delegação a qualquer outro juízo dos atos de instrução ou execução (art. 7º) e o que permitia a qualquer juiz, desde que sob ameaça, solicitar o apoio dos membros da 17ª Vara da Comarca de Maceió para a prática de atos processuais relacionados com a ameaça. Tais atos seriam, então, praticados pelos membros do juízo colegiado, em conjunto com o membro do juízo monocrático (art. 12). Sobre o tema, o Ministro Luiz Fux, relator do processo, declarou que os artigos 7º e 12 da Lei violam os princípios do juízo natural e da proibição de tribunais de exceção e instituem uma 'avocação anômala', pois "conferem ao magistrado poder de comissão, na medida em que admitem a criação de um órgão jurisdicional *ex post facto*, e poder de avocação, traduzido na possibilidade de modificação da competência por critérios absolutamente discricionários (BRASIL, STF, p. 80)". Disse, ainda, que "não se pode aceitar que o juiz responsável pelo feito, sob a frágil alegação de estar sofrendo ameaças, instaure um verdadeiro Tribunal de Exceção, convocando outros magistrados para julgarem consigo. Operar-se-ia clara mudança na análise do acervo probatório, transformando um órgão singular em um colegiado por simples ato discricionário do juiz. Isso sem contar a posição de desvantagem do acusado, agora submetido ao crivo daqueles que vieram para acolher o julgador que se sentia amedrontado para apreciar a causa, em virtude de ameaças que supostamente partiam do réu. Haveria uma animosidade tamanha contra o acusado que comprometeria a imparcialidade dos julgadores (BRASIL, STF, p. 52).

20. Nesse sentido é o manifesto de BADARÓ: "Há maneiras muito mais sutis e igualmente eficazes de se atingir o propósito de afastar o juiz previamente competente e imparcial, substituindo-o por outro, escolhido de acordo com interesses específicos, sem ter que se valer de tribunais de exceção. Uma destas maneiras é, depois da prática do fato, e quando já se sabe qual será o juiz competente, segundo as regras vigentes no momento do delito, modificar a lei, alterando o critério de competência ou o fator de coligamento (2014, p. 136)".

baseada em critérios gerais e abstratos, oponíveis a todos e a cada um. Dessa forma, e por força do art. 5.º, LIII,[21] da CR, a aferição do juízo competente deverá ser feita com base na legislação vigente à época do cometimento dos fatos tidos como criminosos, e, uma vez firmada a competência, ela 'adere' ao processo, não sendo mais possível alterá-la (COUTINHO, 2009).

Portanto, a pré-constituição do juízo confere, no Processo Penal, o mesmo grau de segurança jurídica fornecida pelo princípio da legalidade no Direito Penal. Com efeito, de nada adiantaria ao acusado saber de antemão – antes da prática dos atos considerados criminosos pela acusação –, o conteúdo da legislação material a que se sujeitará, se o juízo a quem compete processá-lo e julgá-lo pudesse ser escolhido conforme o arbítrio de quem quer que seja.

A pré-constituição do juízo ingressou na tradição jurídica ocidental a partir das revoluções burguesas, como resposta à teoria da 'justiça reservada', prevalente nos diversos governos do *Ancièn Régime*, e que permitia ao rei avocar a competência para os membros de seus conselhos – que passavam a conduzir o processo –, ou então delegá-la a agentes especialmente escolhidos para esse fim (comissão). A avocação e a comissão transformavam, assim, a jurisdição em um instrumento de luta política manipulado pelo rei ao seu exclusivo talante, sempre que os direitos dos súditos pudessem ser contrários aos interesses do reino, ou mesmo aos interesses pessoais do monarca (COUTINHO, 2009).

A despeito de remontar ao século XVIII, a pré-constituição do juízo e a estabilização da competência dela decorrente foram amiúde ignorados, em pleno século XX, durante o período da ditadura civil-militar brasileira, por meio da ação avocatória, que permitia ao Supremo Tribunal Federal tomar para si qualquer processo, a requerimento do Procurador Geral da República, sempre que houvesse perigo de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas (SOUZA CRUZ, 2004).

Segundo SOUZA CRUZ, "a avocatória representou enorme violação aos princípios constitucionais do juiz natural e do devido processo legal. Ficava novamente patente o papel do Procurador Geral da República, legitimado também com exclusividade para, na prática, transferir todo e qualquer processo de interesse do governo para apreciação direta do Supremo (2004, p. 299)".

Portanto, a avocação e a delegação de competência são, historicamente, mecanismos que os regimes autoritários sempre mantiveram à disposição, para imporem, com aparência de jurisdicionalidade, suas preferências ou ne-

21. Art. 5.º, LIII: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente."

cessidades políticas. Desde esse ponto de vista, e perante o art. 5.º, LIII, da CR, GIACOMOLLI afirma ser "sem aderência constitucional a formação de colegiado pelo juiz *sponte sua* e *ad hoc* para decidir acerca de medidas cautelares, prisão e liberdade, sentença e direitos do apenado, conforme previsto no art. 1º da Lei nº 12. 694/2012, mesmo com regulamentação pelos tribunais (§ 7º) (2014, p. 259)".

Com efeito, a convocação do juízo colegiado de primeiro grau autorizado pela Lei 12. 694/2012 não é nada mais que uma delegação de competência, antes exclusiva do juízo monocrático, mas agora compartilhada por um sodalício *ad hoc*. Essa repartição *sui generis* de competência, feita ao alvedrio do art. 5.º, LIII, da CR, não obedece a critérios gerais e abstratos, precedentes ao cometimento do delito, mas ao exclusivo arbítrio do juízo monocrático que, fundado em uma hipotética ameaça à sua integridade física, fica autorizado a declinar de sua competência e dividi-la, em momento posterior à prática do delito, com os demais membros do colegiado.

De acordo com COUTINHO, a alteração da competência após a prática do delito – que pela Lei 12.694/2012 é fruto do arbítrio do juiz, desde que fundada na necessidade de preservação da sua integridade física, e não mais de alterações nas leis que estabelecem critérios de determinação da competência – foi largamente admitida no Brasil por força do enorme capital científico mobilizado por Carlos Maximiliano, para quem o brocardo jurídico *tempus regit actum* deveria prevalecer para toda e qualquer lei processual nova (2009).

Posteriormente, as ideias de Maximiliano ganharam um reforço de peso com a adesão de Frederico Marques, que de maneira imprudente não se atentou para o fato de que Maximiliano escrevia sob a égide da autoritária Carta Constitucional de 1937, que, ao contrário de todas as outras Constituições brasileiras, não erigiu a ordinariedade e a pré-constituição do juízo à categoria de garantias fundamentais (COUTINHO, 2009), a ponto de ter sido possível a criação, naquele tempo, do excepcionalíssimo Tribunal de Segurança Nacional (BADARÓ, 2014).

Porém, sob a vigência da Constituição de 1988, por força do art. 5.º, LIII, os ensinamentos de Maximiliano e Frederico Marques já não podem prevalecer, de modo que, se ficou vedada a alteração da competência por lei posterior à prática do crime, com mais razão não se deve admitir seja ela alterada por simples determinação do juízo monocrático.

Uma vez que existam critérios gerais e abstratos de determinação da competência, vigentes antes da alegada prática do delito, deve ser possível – e absolu-

tamente necessário – definir qual será o órgão encarregado do processamento e julgamento do feito, admitindo-se, para tanto, um único órgão jurisdicional.[22]

Os inconvenientes, para dizer o mínimo, de uma competência móvel, passível de deslocamento arbitrário, de um órgão jurisdicional para o outro, na mesma fase processual, também foram notados por Roxin, que – em comentários à legislação alemã que permite ao Ministério Público, em algumas hipóteses, optar pela competência do Tribunal Municipal ou do Tribunal Estadual –, afirmou que "sob o ponto de vista do Estado de Direito esta 'competência móvel' é, sem dúvida, problemática. A finalidade de um regime de competência legal relativamente complicado e detalhado consiste justamente em que para cada fato punível esteja previsto um órgão de decisão judicial determinado legalmente, com o qual não reste possibilidade alguma para que a pessoa do juiz que decide seja eleita arbitrariamente segundo critérios não objetivos. Por isso resulta duvidoso que a competência móvel seja compatível com o princípio do juiz estabelecido por lei (ROXIN, 2000, p. 31).[23]"

E, ao comentar disposição legal semelhante, então vigente em Portugal, FIGUEIREDO DIAS salientou que "só à lei anterior deve pertencer a instituição de um (e de um só) tribunal competente (1974, p. 334)".

Não obstante todas essas considerações, e ao alvedrio da Constituição de 1988, a Lei 12.694/2012 estabelece uma sistemática segundo a qual poderão se sobrepor, nos processos referentes a crimes cometidos por organizações criminosas, dois órgãos jurisdicionais para a prática dos atos processuais realizados em primeiro grau de jurisdição, bastando, para tanto, que o juiz monocrático

22. "Cada caso penal deve ser apreciado e julgado por um único órgão jurisdicional, ainda que muitos possam, eventualmente, intervir no processo, em momentos diferenciados. Faz-se, então, uma relação absoluta entre ato processual e órgão jurisdicional, de modo a que tão só um dentre tantos seja o competente para o ato. Trata-se, portanto, de identificar o órgão jurisdicional competente, matéria hoje com foro constitucional, conforme art. 5º, LIII, ou seja, 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente' (COUTINHO, 2009, p. 797)".

23. No original: "Bajo el ponto de vista de Estado de Derecho esta 'competencia móvil' es, sin duda, problemática. La finalidad de um régimen de competencia legal relativamente complicado y detallado consiste justamenente em que para cada hecho punible este previsto um órgano de decisión judicial determinado legalmente, com lo cual no queda possibilidad alguna para que la persona del juez que decide sea elegida arbitrariamente según criteritériosbjetivos. Por ello resulta dudoso que la competencia móvil sea compatible con el principio del juez estabelecido por ley (ROXIN, 2000, p. 31)".

convoque, a seu talante, e com fundamento exclusivo em um pretenso risco para a sua integridade física, o juízo colegiado.

Dúvidas quanto à independência do juízo colegiado também devem ser levantadas. Ainda que a Lei 12.694/2012 não estabeleça graus de hierarquia ou vínculos de subordinação entre o juiz que convoca o colegiado e os juízes que são convocados, também é certo que a independência do juízo não se restringe ao mero aspecto jurídico. A independência deve ser jurídica e de fato (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), de modo a assegurar subjetivamente às partes a impressão de que estão sendo julgadas por um órgão independente.

Aqui, independência e imparcialidade se imbricam, porque só um órgão jurisdicional independente pode aparentar ser imparcial, e essa aparência de independência e imparcialidade, exigida pela CIDH, desaparece com a simples existência de juízes convocadores e convocados, ou pelo menos será essa a impressão que ficará marcada na mente do acusado.

Além do mais, a literatura jurídica especializada aponta que a independência do juízo não pode se limitar à independência externa, isto é, à independência em relação a órgãos estatais estranhos à magistratura. A independência do juízo, pelo contrário, deve abranger também a independência interna, ou seja, a independência em relação aos próprios membros do judiciário e seus órgãos (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).[24]

Portanto, não se deve excluir, e nem se dar pouco crédito, à possibilidade de algum juiz, ainda em estágio probatório e sujeito à perda do cargo por simples decisão administrativa do tribunal (CR, art. 95, I), ser constrangido a convocar o colegiado por pura pressão de seus pares.

A idoneidade do juízo, por seu turno, não parece restar prejudicada pela convocação do juízo colegiado, haja vista que os juízes convocados serão membros de carreira da magistratura, admitidos por concurso de provas e títulos, como manda a Constituição.

O mesmo, porém, não se pode dizer acerca da imparcialidade do juízo. Mas a imparcialidade, como se viu, a despeito de ser constitutiva do modelo constitucional de juiz(o), também é matéria pertinente à estrutura processual, ou seja, ao modelo constitucional de processo, razão pela qual será objeto do próximo tópico.

---

24. "O juiz é submetido a pressões de todo o tipo, mas aquelas mais perigosas não vêm, como geralmente alguns ainda pensam, da mídia e da opinião pública, mas do interior do próprio corpo judiciário (QUADRI, apud BADARÓ, 2014, p. 26)".

4.3. *O modelo constitucional de processo e a Lei 12.694/2012*

Como visto alhures, no Estado Democrático de Direito o exercício das liberdades comunicativas é viabilizado pelos princípios processuais, que devem permitir, a todos os possíveis afetados pelo provimento jurisdicional, uma participação ativa no *iter* necessário à sua elaboração. Dessa forma, o contraditório não pode mais ser concebida como a mera ciência bilateral dos atos processuais, acrescida da possibilidade de ulterior reação a tais atos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001).

Até mesmo o posicionamento de FAZZALARI (2006), que vislumbrou na simétrica paridade entre as partes o cerne do contraditório, lançando, assim, as bases para uma construção participada do provimento jurisdicional, não se coaduna completamente com tal concepção paradigmática. A uma, porque Fazzalari não parece demonstrar grandes preocupações com o problema das decisões-surpresa; a duas, porque ainda é possível vislumbrar na teoria do processo como procedimento em contraditório uma preponderância hierárquica do juiz em relação as partes, manifesta na recusa em se reconhecer o juiz como sujeito do contraditório (NUNES, 2012).

Dessa forma, a concepção de contraditório enquanto efetiva possibilidade de influência nos provimentos jurisdicionais, vedada a prolação de decisões que surpreendam as partes com questões não debatidas endoprocessualmente, apresenta maior aderência à noção de Estado Democrático de Direito aqui encampada (NUNES, 2012).

Assim, mesmo as matérias que são, por força de lei, arguíveis de ofício pelo juiz devem ser por ele problematizadas, de modo que as partes possam dizer, com base nas circunstâncias do caso concreto, se as compreensões esposadas pelo juiz são juridicamente procedentes.

A par disso tudo, a Lei 12.694/2012 autoriza ao juiz que vislumbre risco à sua integridade física, nos processos envolvendo crimes supostamente praticados por organização criminosa, convocar um juízo colegiado de primeiro grau, independentemente de submissão prévia da questão às partes. Com efeito, não há na legislação em comento qualquer previsão de debate endoprocessual anterior à convocação do colegiado.

Tanto a acusação quanto a defesa poderão, desta forma, ser surpreendidos por uma decisão que, deixada à mercê do arbítrio do julgador, subtrair-lhes-á o direito ao julgamento pelo órgão jurisdicional ordinário e pré-constituído.

É de se grifar com traço forte que são dois os requisitos para a convocação do colegiado: a existência de risco à integridade física do juiz e o envolvimento de

organização criminosa na prática do delito. Todos os dois requisitos inserem-se no plano das questões fáticas, e dependem, portanto, de provas.

No entanto, se não há problematização prévia da questão, também se nega ao acusado o direito de fazer chegar aos autos as provas que poderiam demonstrar a inexistência dos requisitos da convocação do colegiado. Suprime-se, assim, a ampla argumentação.

A ampla argumentação assegura às partes o tempo do processo, e, na perspectiva do processo jurisdicional, esse tempo deve ser suficiente para que as partes possam exercer o direito à prova e discutir quais normas aplicáveis *prima facie* elas reputam mais adequadas ao caso concreto (BARROS, 2009).

Todavia, nem todo elemento cognitivo que vise à reconstrução dos fatos poderá ser considerado uma prova. Como visto alhures, os princípios do modelo constitucional de processo são interdependentes; assim, o direito à prova, compreendido no âmbito da ampla argumentação, não pode ser dissociado do contraditório, de modo que uma "prova" produzida sem contraditório não poderá ser considerada prova, pelo menos não para efeitos jurídicos.

De fato, é no campo da ampla argumentação enquanto direito à prova que a interdependência entre esse princípio e o contraditório se faz mais evidente, pois a predicação do contraditório enquanto efetiva possibilidade de influência nos resultados do processo importa em produção dialógica da prova. Assim, não basta assegurar à contraparte o direito de se manifestar quanto à prova pré-produzida, de forma que, no Estado Democrático de Direito, o contraditório também assume os contornos de uma técnica de produção do material probatório que impõe simultaneidade entre a atividade dos sujeitos processuais e a colheita da prova.

Nesses termos, a previsão legal de medidas excepcionais voltadas à salvaguarda da integridade física do julgador, além de ser conforme ao modelo constitucional de juízo, também deveria prever um incidente no qual os possíveis afetados pudessem se manifestar, em contraditório, sobre o cabimento de tais medidas, produzindo as provas que reputassem necessárias.

Ao não prever esse incidente – no qual seria facultado ao acusado provar a inexistência de risco à integridade física do juiz ou de correlação do crime em julgamento com as atividades de alguma organização criminosa, enfim, provar a inexistência dos requisitos para a convocação do colegiado – a Lei 12.694/2012 fez ouvidos moucos ao direito à prova, e, de conseguinte, à ampla argumentação, a exemplo do que já fizera com as garantias do modelo constitucional de juiz(o). Portanto, a Lei 12.694 é uma lei emergencial, que autoriza

o juiz a presumir que o acusado faça parte de uma organização criminosa antes mesmo que tal fato resulte demonstrado.

A interdependência entre os princípios do contraditório e ampla argumentação com a fundamentação das decisões manifesta-se pela necessidade de o provimento jurisdicional conter uma análise jurídica de todas as provas e argumentos deduzidos pelas partes, a fim de impossibilitar que o juiz possa "tirar um coelho da cartola", isto é, surpreender as partes com questões que não foram debatidas endoprocessualmente (BARROS, 2008). Dessa forma, mesmo as questões arguíveis de ofício só poderão ingressar na fundamentação da decisão se submetidas a contraditório prévio entre as partes (NUNES, 2012).

Brêtas explica que essa relação de interdependência entre os princípios do modelo constitucional de processo faz com que a fundamentação da decisão deixe de ser a explicitação dos sentimentos pessoais de justiça do julgador, para se tornar "o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes em todas as fases do processo, porquanto são elas, as partes contraditoras, que suportarão seus efeitos (BRÊTAS, 2012, p. 135)".

BRÊTAS então segue explicando que a desconsideração da interdependência entre esses princípios, pela veiculação, na decisão, de questões não debatidas previamente com as partes, dará causa à inconstitucionalidade do julgamento, que sequer poderá ser considerado um pronunciamento jurisdicional, sendo, portanto, nula (2012).

De se notar, porém, que apesar de ser o acusado quem suportará as consequências da convocação oficiosa do juízo colegiado, a ele não se oferece, nos termos da Lei 12.694/2012, a oportunidade de se manifestar quanto à existência em concreto do risco à integridade física do juiz, ou mesmo sobre o seu pertencimento a uma organização criminosa.

Eivada de nulidade desde o seu nascedouro, se conduzida nos termos da Lei 12.694/2012, a convocação do colegiado não poderá, portanto, provocar quaisquer efeitos jurídicos. E nem se diga que é viável dar interpretação conforme a Constituição a seus artigos, aduzindo ser possível submeter a decisão ao contraditório prévio, pois ainda que adaptada ao arquétipo do modelo constitucional de processo, as violações ao modelo constitucional de juiz(o) permaneceriam insanáveis.

Ademais, as dúvidas que seriam geradas quanto a imparcialidade do juiz que convoca o colegiado sugerem, por si só, a não adoção da medida, porque o juiz que pede o auxílio de um colegiado *ad hoc* por temor à sua integridade

física é, no mínimo, um juiz suspeito, razão pela qual ele não mais poderá ser o juiz da causa.

4.3.1. A imparcialidade e a Lei 12.694/2012

Toda atribuição de sentido a fatos, provas e normas, bem como todo juízo de valor, serão sempre contaminados por uma rede de pré-compreensões e determinações inconscientes que, no mais das vezes, escapam à compreensão do intérprete.[25]

Assim, a própria mente do juiz lhe 'prega peças' que inviabilizam sua plena imparcialidade. Portanto, será diante deste contexto de falibilismo do conhecimento dito imparcial que a jurisprudência da CIDH será levada em conta na presente pesquisa.

Segundo a CIDH, o art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica não está a assegurar ao acusado um julgamento por um juiz efetivamente imparcial – de todo o resto, impossível –, mas por um juiz(o) que, perante as partes e eventuais terceiros, demonstre a sua imparcialidade, isto é, que forneça garantias mínimas de não possuir nenhum interesse na causa em que atuará, salvo o compromisso com os direitos humanos. O que se busca é, então, conferir às partes e aos terceiros em geral um sentimento de que a imparcialidade está sendo observada (MAYA, 2011; GIACOMOLLI, 2014).[26]

Desde que se queira proteger essa devida aparência de imparcialidade do juiz(o), não se pode admitir, tal e qual preconizado pela Lei 12.694/2012, que a instrução ou o julgamento do processo sejam conduzidos por um juiz que se sente intimidado pelo acusado a ponto de temer por sua integridade física. Esse juiz não fornece garantias mínimas de sua imparcialidade; ele não está apto a manter entre seus jurisdicionados a necessária confiança de que não possui interesses pessoais no resultado final do julgamento.

---

25. "Há conceitos, preconceitos, modo de ser-no-mundo, dados a priori que integram a personalidade do julgador, motivo por que, mesmo no externar racional, há determinações pautadas pelo inconsciente e pelo pré-consciente. Esses dados situam-se entre as linhas e por entre os parágrafos da decisão, dificilmente perceptíveis pelos só 'juristas' e pelo próprio decisor (GIACOMOLLI, 2014, p. 234)".

26. "Trata-se da teoria da aparência (*justice most not only be done; it must also be seen to be done*), segundo a qual, havendo dúvida razoável e fundada acerca da parcialidade do julgador, justifica-se o seu afastamento, ainda que, subjetivamente, possa não haver influência sobre a condução do processo ou do julgamento (GIACOMOLLI, 2014, p. 235)".

Desta forma, fundadas dúvidas quanto à isenção do juiz poderão ser levantadas tanto pela acusação quanto pela defesa. A defesa argumentando que o juiz que teme pela sua integridade física estará propenso a condenar, na medida em que não lhe parecerá seguro manter do lado de fora do sistema prisional seu possível algoz; a acusação alegando que o temor de represálias por parte da organização criminosa da qual o investigado ou réu faz parte fará o juiz inclinar-se para a absolvição.

Trata-se, é oportuno dizer, de questionamento recorrente na escassa literatura jurídica sobre o tema, na qual sobressaem as dúvidas de MAYA: "é possível a um magistrado que, por exemplo, tenha recebido ameaças de morte, manter uma posição de imparcialidade apenas porque repartida a competência com outros colegas? (2012, p. 18)".

Aqui manifesta-se, de acréscimo, o caráter supérfluo da nova lei, que veio apenas tutelar situações jurídicas que já estavam cobertas pela legislação anterior, que tinha a insofismável vantagem de não se pautar exclusivamente pelos critérios emergencialistas do Direito Penal do inimigo, que, com a Lei 12.694/2012, inauguraram uma nova fase de supressão dos direitos e garantias fundamentais, e agora avançam não só em direção aos princípios do modelo constitucional do processo, mas também na direção dos princípios do modelo constitucional de juiz(o).

Com efeito, se a Lei 9.807/1999 introduziu, na legislação brasileira, o programa de proteção às testemunhas, e não previu qualquer restrição de aplicação aos magistrados, caberia ao juiz que se sentisse ameaçado declarar sua incompatibilidade, e, julgando haver risco à sua integridade física, pedir o seu ingresso no referido programa, passando a atuar no processo na qualidade exclusiva de testemunha da acusação. De se notar que, a depender das circunstâncias do caso concreto, o depoimento do magistrado, na qualidade de testemunha, poderia embasar até mesmo a restrição cautelar da liberdade do acusado.

De se notar, ainda, que as ameaças à integridade física do juiz podem configurar o crime de coação no curso do processo (CP, art. 344). Assim, paralelamente à declaração de incompatibilidade, o magistrado ameaçado deveria, ainda, noticiar o crime às autoridades competentes, para que se procedesse conforme de direito. Por se tratar a coação no curso do processo de crime cometido com intuito de se conseguir a impunidade em relação ao crime anterior, os dois casos penais seriam autuados juntos (CPP, art. 76, II), e correriam perante um juiz(o) que não fosse integrado pelo magistrado ameaçado.

Portanto, já existiam na legislação penal e processual penal pátrias mecanismos jurídicos que, sem privar o juiz(o) de sua aparência de imparcialidade,

eram aptos a coibir eventuais ameaças à integridade física dos magistrados. E, caso se queira dar concretude à imparcialidade, é essa legislação, e não a Lei 12.694/2012, que deve ser aplicada.

Mas, se a CIDH se compraz com a aparência de imparcialidade, o mesmo não se pode dizer de uma noção de imparcialidade compatível com a interdependência que deve existir entre os princípios que compõe a base do modelo constitucional de processo. Tal noção requer do juiz, além de uma aparente imparcialidade, uma disposição mental prévia para problematizar suas pré-compreensões perante as partes (DALLE, 2015).

Porém, o processo jurisdicional não pode se fiar unicamente em propensões mentais meramente pressupostas no julgador. Pode-se – e deve-se –, acreditar que o conhecimento do juiz é falível, mas não que ele tenha conhecimento de seu falibilismo, ou que esteja disposto a deixar-se conduzir conforme esse conhecimento. Uma aplicação imparcial de normas jurídicas demanda, portanto, a estruturação normativa de processos jurisdicionais que abarquem, em seu *iter*, um momento processual destinado à problematização de pré-compreensões dos sujeitos processuais, preferencialmente uma audiência preliminar destinada a esse fim.

A realização da audiência preliminar teria a vantagem adicional de oferecer critérios objetivos à aferição da imparcialidade, pois forneceria um padrão de comparação entre o que foi previamente problematizado e o que consta na fundamentação da sentença. A aferição da imparcialidade se daria, assim, pela análise da correspondência entre o que ficou decidido na audiência preliminar e o conteúdo da sentença, facilitando o controle, pela via recursal, de eventuais quebras na imparcialidade (DALLE, 2014).

A Lei 12.694/2012, por seu turno, afasta qualquer possibilidade de problematização prévia das pré-compreensões dos membros do colegiado. À medida em que a competência desses juízes é restrita à prática do ato processual para o qual foram convocados, não haverá contato prévio com as partes, suas provas e argumentos.

É bem possível que, depois de realizada toda a instrução criminal, e finalizados os debates, o colegiado seja convocado exclusivamente para a prolação do provimento final. Neste caso, todas as questões de fato e de direito, incluindo-se eventuais preliminares, terão que ser decididas por juízes que não acompanharam a produção do material probatório e não submeteram suas pré-compreensões ao contraditório prévio – juízes que, portanto, estão menos propensos a deixarem-se influenciar pelas atividades processuais das partes.

Pari passu com a não problematização das pré-compreensões, correm chances reais de as partes serem surpreendidas com questões não debatidas endoprocessualmente, pois o contraditório prévio e a vedação de decisões-surpresas são justamente as formas processuais de se garantir tais problematizações.

Como se não bastassem todas essas lesões em abstrato aos princípios que compõem os modelos constitucionais de juízo e de processo, a Lei 12.694/2012 ainda inviabiliza o controle concreto da observância desses princípios mediante a institucionalização do segredo, conforme se verá adiante.

4.3.2. A publicidade e a Lei 12.694/2012

Nas monarquias absolutistas do antigo regime – fundadas em um pretenso direito divino ao trono –, a admissão dos mistérios de Estado (*arcana imperii*) decorria da existência dos mistérios de Deus (*arcana Dei*). Assim como o fiel era naturalmente incapaz de compreender plenamente os desígnios de Deus, o súdito também não compreenderia o acerto das decisões tomadas pelo soberano, razão pela qual tornar público essas decisões poderia colocar em risco a existência do próprio Estado (BOBBIO, 2000a; 2000b).

Mas, com a passagem do Estado absolutista para o Estado liberal de direito – em grande parte influenciada pelos ideais iluministas de Kant, que preconizava o uso público da razão como instrumento de emancipação do homem – o segredo deu lugar à publicidade dos atos de governo. E dificilmente poderia ter sido diferente em um contexto intelectual de prevalência do iluminismo sobre as demais visões de mundo, pois os segredos de Estado simplesmente vedavam ao súdito a possibilidade de fazer uso público de sua razão nas questões referentes à política (BOBBIO, 2000a; 2000b).

Dessa forma, a publicidade tornou possível o controle dos atos de governo, significando um "verdadeiro momento de reviravolta na transformação do Estado moderno de Estado absoluto em Estado de Direito (BOBBIO, 2000b, p. 117)".

Mas a publicidade não é um atributo exclusivo do Estado liberal de direito. Ela também é imprescindível ao Estado Democrático de Direito, pois ninguém pode ser considerado autor e destinatário dos provimentos estatais (HABERMAS, 2010; 2011) se lhe é vedado o acesso ao conteúdo desses provimentos.

Nessa esteira foi que a publicidade adquiriu o *status* de princípio orientador de toda a administração pública brasileira (CR, art. 37, *caput*). No processo jurisdicional, a publicidade veio prevista no art. 93, IX, da Constituição, que reputa nulo todos os julgamentos não fundamentados ou sigilosos. Quanto à

vedação do sigilo, a única ressalva constante no dispositivo constitucional é a necessidade de preservação da intimidade do interessado, mas desde que fique garantida a presença das partes, acompanhadas de seus advogados, ou, no mínimo, a presença exclusiva dos advogados das partes.

Já o art. 5.º, LX, da Constituição dispõe que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem." Não existem dúvidas quanto à vagueza da expressão 'interesse social'; em todo caso, tratando-se de norma que impõe limites aos direitos fundamentais, a interpretação há que ser restritiva. Dessa forma, o interesse a ser tutelado mediante sigilo não pode ser o interesse de uma única pessoa, mas de uma coletividade, pois ainda que sujeito a múltiplas possibilidades de atribuição de sentido, o 'interesse social' não se confunde com o interesse individual ou pessoal.

Ainda que não conste expressamente do rol de princípios conformadores do modelo constitucional de processo elencados por BARROS (2008; 2009), a publicidade dos atos processuais não pode ser afastada ao alvedrio da Constituição, pois somente pela publicidade dos atos processuais é que as partes poderão verificar se, no caso concreto, tais princípios foram observados.[27]

Não obstante a opção constitucional pela publicidade, a Lei 12.694/2012 faculta o sigilo das reuniões do colegiado. Pela dicção da lei, nem mesmo os advogados poderão comparecer às sessões do colegiado, o que em hipótese alguma é admitido pela Constituição, que, mesmo quando autoriza o sigilo, o faz sob a ressalva de que pelo menos os advogados das partes estarão presentes.

De se notar, também, que a convocação do colegiado, cujas reuniões serão sigilosas, deverá ter fundamento exclusivo no risco à integridade física do juiz. Ocorre, porém, que não apenas o juiz, mas também as partes, as testemunhas ou mesmo os peritos podem vislumbrar tal risco em decorrência de suas atividades processuais, sendo dever do Estado prover a segurança de todas essas pessoas, sem, contudo, tolher os direitos e garantias fundamentais de qualquer uma delas.

27. "A publicidade permite a transparência dos atos processuais e do processo penal, a verificação da isenção dos julgadores, o controle do tempo de duração do processo, uma necessidade do contraditório e da ampla defesa (...). A manutenção do sigilo aos imputados e a seus defensores, com a concomitante e não raras vezes antecedente divulgação midiática, representa entrave à eficácia da garantia da ampla defesa, a qual há de ser preservada para que seja prestada a tutela jurisdicional efetiva (GIACOMOLLI, 2014, p. 341)".

A Lei 12.694/2012 também proíbe que se faça menção a eventual voto divergente prolatado por um dos membros do juízo colegiado. Trata-se de manifesta violação à publicidade dos atos processuais, que afeta, em especial, o exercício da ampla argumentação em grau de recurso, pois inviabiliza o conhecimento, pelas partes, dos argumentos levantados pelo juiz divergente; argumentos esses que poderiam ser reafirmados nas razões recursais, e, eventualmente, ocasionar a revisão da decisão recorrida (MORAIS DA ROSA; CONOLLY, 2013, não paginado)".

Neste sentido, basta lembrar que se, no julgamento de recursos em sentido estrito ou de apelações, fosse proibida a publicação do voto divergente, a parte prejudicada restaria impossibilitada de interpor embargos infringentes, no intuito de fazer prevalecer o voto vencido, bem como de reafirmar, em recurso especial ou extraordinário, as razões veiculadas no voto vencido, simplesmente por desconhecê-las.

Assim, se não se admite o sigilo quanto a votos divergentes na estrutura recursal, por atentatória à ampla argumentação, *a fortiori* não se deve admiti-lo em julgamentos colegiados de primeiro grau.

Ademais, prevalece no Processo Penal o entendimento de que os Tribunais devem apreciar toda a matéria pertinente ao caso penal, independentemente de impugnação, mas sendo vedada a *reformatio in pejus* (GIACOMOLLI, 2014). Porém, o Tribunal não terá meios para proceder à plena reapreciação do caso penal se uma parte da matéria debatida – justamente aquela constante do voto divergente – sequer chegar a ser conhecida por seus membros, como há de acontecer se o voto divergente, na esteira do que manda a Lei 12.694/2012, não puder ser publicado.

Por fim, há que se ressaltar que a publicação do voto divergente não atende apenas a propósitos exclusivos das partes, avançado também sobre os interesses dos magistrados, que podem responder tanto civil (Lei Complementar 35/1979, art. 49) quanto penalmente (Código Penal, art. 350) pelos atos praticados no exercício de suas funções. Desta forma, fazer publicar seu voto divergente pode significar, para o juiz, uma salvaguarda contra futuras persecuções civis, por dolo ou fraude, ou penais, por exercício arbitrário ou abuso de poder. Assim, nem mesmo em julgamentos colegiados em primeiro grau de jurisdição "pode-se mitigar o direito à informação e acesso ao voto vencido, pois seria obrigar o magistrado vencido a aderir ao julgamento da maioria, ceifando-lhe a voz (MORAIS DA ROSA; CONOLLY, não paginado)."

A publicidade das decisões jurisdicionais, é, portanto, uma garantia que interessa não apenas às partes, mas também aos magistrados e ao próprio proces-

so, pois garante a legitimidade da decisão. Nesses termos, espera-se que a institucionalização indevida do sigilo, tal e qual preconizado pela Lei 12.694/2012, não se torne prática recorrente dos órgãos jurisdicionais brasileiros, na esteira do que já determina o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e do que vem decidindo, de maneira uníssona, a CIDH.

4.4. O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e a Lei 12.694/2012

De acordo com o art. 5.º, § 2.º, da Constituição, integram o ordenamento jurídico brasileiro todos os direitos e garantias expressamente previstos na Constituição, os direitos e garantias implícitos na Constituição – decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados –, e também os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Assim, por expressa determinação constitucional, os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil possuem o *status* de normas materialmente constitucionais (MAZZUOLI, 2009; GIACOMOLLI, 2014).

Também é possível que, além do *status* materialmente constitucional, os direitos e garantias fundamentais previstos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil ingressem no ordenamento jurídico pátrio com *status* de normas material e formalmente constitucionais (MAZZUOLI, 2009), bastando, para tanto, que elas sejam aprovadas, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, mediante maioria qualificada de dois terços (CR, art. 5.º, § 3.º). Ocorrendo a votação nesses termos, tais normas serão, na dicção do art. 5.º, § 3.º da Constituição, equivalentes às emendas constitucionais.

Em qualquer das duas hipóteses, os direitos e garantias fundamentais previstos nos tratados internacionais de direitos humanos integram o que vem sendo chamado de 'bloco de constitucionalidade' e servem de parâmetro para o controle jurisdicional de convencionalidade das leis (MAZZUOLI, 2009).

Sobre o tema, Mazzuoli explica que "à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que, para além do clássico 'controle de constitucionalidade', deve ainda existir (doravante) um 'controle de convencionalidade' das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2009, p. 64)".

A distinção entre normas convencionais materialmente constitucionais e normas convencionais material e formalmente constitucionais não é mera fili-

grana teórica, pois terá repercussão na modalidade de controle jurisdicional a ser exercido pelos juízes e tribunais. Assim, as normas convencionais materialmente constitucionais, que ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro na forma do art. 5.º, § 2.º, da CR, servirão de parâmetro exclusivo para o controle difuso de convencionalidade, exercível em qualquer grau de jurisdição, por todos os órgãos que compõem o sistema jurisdicional pátrio. Já as normas convencionais material e formalmente constitucionais, equiparadas às emendas constitucionais por disposição expressa do art. 5.º, § 3.º, da CR, serão parâmetro tanto para o controle difuso quanto para o controle concentrado de convencionalidade, sendo esse último de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, e arguível apenas por parte dos sujeitos processuais legitimados pelo art. 103 da Constituição (MAZZUOLI, 2009).

Em todo caso, o controle jurisdicional de convencionalidade da legislação interna deve acontecer, pouco importando tratar-se de norma convencional formal e materialmente constitucional, ou apenas materialmente constitucional. O que muda é tão só a modalidade desse controle. E deve ser assim porque, ao ratificar um tratado internacional de direitos humanos, o Brasil se compromete, perante os organismos internacionais e demais países signatários, não só a adequar sua legislação interna aos postulados convencionais, mas também a amoldar a conduta de seus agentes estatais – incluindo-se aí os magistrados –, às determinações do tratado ratificado. Caso não o faça, o Brasil estará sujeito a uma série de sanções de direito internacional, em especial econômicas, por violação de suas obrigações convencionais, espontaneamente assumidas quando da ratificação dos tratados (MAZZUOLI, 2009).

Nesse contexto de necessária compatibilidade entre a legislação interna e as disposições convencionais referentes aos direitos humanos, e desde que ausente essa compatibilidade, por inércia ou obtusidade do legislador, o magistrado fica obrigado a proceder ao controle de convencionalidade das leis. Terá como parâmetro para o exercício de tal controle o texto dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e a jurisprudência dos órgãos internacionais com competência contenciosa, isto é, para julgar conflitos sobre matérias reguladas pelos respectivos tratados internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI, 2009).

No âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, o principal tratado do qual o Brasil é signatário é o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado por meio do Decreto Legislativo 27, de maio de 1992, e promulgado pelo Decreto Executivo 678, de novembro de 1992. Com a ratificação e promulgação do Pacto de São José da Costa Rica, as normas nele constantes assumiram o *status* de normas materialmente constitucionais, e, desde então,

integram o 'bloco de constitucionalidade' brasileiro, servindo de parâmetro para o controle difuso de convencionalidade, haja vista que naquela oportunidade o Brasil assumiu "a obrigação internacional de assegurar (*shall secure*) o seu cumprimento, a ela vinculando-se (GIACOMOLLI, 2014, p. 7)".

Já a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIHD), para processar e julgar matérias referentes a violações ao Pacto de São José da Costa, foi reconhecida pelo Brasil em dezembro de 1998, com a promulgação do Decreto Legislativo 89 (GIACOMOLLI, 2014). Desde então, o Brasil passou a integrar definitivamente o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, assumindo o compromisso internacional de compatibilizar sua legislação interna com o Pacto de São José da Costa Rica e de proceder ao controle jurisdicional de convencionalidade de suas leis.

Convergindo com tudo que aqui foi dito, MAC-GREGOR explica que o controle jurisdicional de convencionalidade institui um 'padrão mínimo', criado pela CIDH "para que em todo caso seja aplicado o *corpus iuris* interamericano e sua jurisprudência nos Estados nacionais que subscreveram ou aderiram à CADH, e, com mais intensidade, aos que reconheceram a competência contenciosa da CIDH (2013, p. 549)."[28]

A necessidade de controle jurisdicional de convencionalidade das leis internas dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica, sob pena de responsabilização internacional, ingressou na jurisprudência da CIDH no julgamento do *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, de setembro de 2006, no qual constou expresso que "quando o legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido em seu artigo 1.1 e, consequentemente, deve abster-se de aplicar qualquer norma contrária a ela. O cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei atentatória à Convenção produz responsabilidade internacional do Estado, colhida do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de qualquer de seus po-

28. No original: "Se trata de um estándar 'mínimo' creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia em los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidade a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH (MAC-GREGOR, 2013, p. 549)."

deres ou órgãos, em violação aos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana (CIDH, 2006, não paginado)".[29]

É de se fazer notar, pela grande relevância, que a jurisprudência da CIDH apenas reforçou o que já constava – e consta – na Constituição brasileira, que desde a sua promulgação reconhece o *status* de norma materialmente constitucional, integrante do 'bloco de constitucionalidade', dos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de direitos humanos (CR, art. 5.º, § 2.º).

Nesses termos, urge ressaltar que há na jurisprudência da CIDH fortes razões jurídicas que recomendam a não aplicação das disposições da Lei 12.694/2012; tais razões podem ser fartamente encontradas, em especial, nas decisões referentes aos julgamentos realizados por 'juízes sem rosto' na Colômbia e no Peru, durante a década de 1990 do século XX.

Por 'juiz sem rosto' entende-se o juiz que realiza os atos processuais sem identificar-se civilmente, prolatando, ao fim do Processo Penal, uma sentença apócrifa. Esse instituto surgiu na América Latina, primeiro na Colômbia e depois no Peru, com a promulgação do Decreto Lei 2.700/1991 e do Decreto Lei 25.475/1992, respectivamente (MORAIS DA ROSA; CONOLLY, 2013).

Na Colômbia, que à época vivia o momento mais crítico de enfrentamento ao tráfico organizado de entorpecentes, e que anos antes chegara a ter 11 magistrados assassinados em um único atentado – entre eles o então presidente da Corte Suprema de Justiça, com atribuições equivalentes às do presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil –, o Decreto Lei 2.700/1991 autorizava não apenas o juiz, mas todos os demais funcionários do judiciário que atuassem em processos envolvendo crimes praticados por organizações criminosas, a ocultarem suas identidades (MORAIS DA ROSA; CONOLLY, 2013).

No Peru, o Decreto Lei 25.475/1992 – a pretexto de combater o terrorismo, em especial aquele praticado pelos integrantes do Sendero Luminoso – dissolveu o Congresso Nacional, realizou um expurgo nos Tribunais, impôs contro-

29. No original: "cuando el Legislativo falla em su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstener-se de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de uma ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos em violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana (CIDH, 2006, não paginado)".

les à imprensa e instituiu os Tribunais sem rosto, compostos por magistrados que – além de não se identificarem civilmente – realizavam as sessões de julgamento mascarados, escondiam-se atrás de vidros espelhados ou então obrigavam os réus e seus advogados a cobrirem suas faces com capuzes (MORAIS DA ROSA; CONOLLY, 2013).

Tanto na Colômbia quanto no Peru, o sigilo em relação à identidade civil dos magistrados veio acompanhada de uma série de restrições adicionais às garantias processuais dos acusados de integrarem organizações criminosas ou terroristas, tais como a proibição de os réus se comunicarem com seus advogados, restrição de acesso aos autos das investigações preliminares e aos autos do processo e a notificação para a prática de atos processuais em tempo demasiado exíguo (MORAIS DA ROSA; CONOLLY, 2013).

Sempre que instada a se manifestar sobre os 'juízes sem rosto' latino-americanos, a CIDH ressaltou que a suspensão dos direitos e garantias fundamentais só poderá ocorrer de maneira excepcional, temporária e sempre de acordo com as formas e hipóteses previstas no art. 27 do Pacto de São José da Costa Rica[30] (CIDH, 1997; 1999; 2000; 2004; 2005). Portanto, o pertencimento a uma organização criminosa ou terrorista não é circunstância que, por si só, justifica a imposição de limites aos direitos e garantias fundamentais dos acusados.

30. Artigo 27 – Suspensão de garantias
1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.
2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.
3. Todo Estado-parte no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspendido, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão.

Assim, caso queira limitar os direitos e garantias fundamentais dos acusados, o Brasil só poderá fazê-lo por tempo limitado e em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado, e desde que comunique aos outros países signatários do Pacto de São José da Costa Rica, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos. Nessa comunicação deverá constar expressamente os direitos e garantias que foram suspensos, os motivos determinantes da suspensão e o termo final da suspensão (CADH, art. 27). Ademais, há que se seguir todas as formalidades constitucionalmente previstas para a decretação do estado de sítio ou do estado de defesa (CR, arts. 137 a 141).

Dessa forma, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos não permite que a supressão das garantias fundamentais que compõem os modelos constitucionais de juiz(o) e de processo se dê conforme o livre talante do juiz, bastando, para tanto, que ele alegue risco à sua integridade física, conforme autorizado pela Lei 12.694/2012. Muito pelo contrário, o referido sistema preve procedimentos excepcionalíssimos e complexos, cuja inobservância resultará em ilegalidade do ato e responsabilização internacional do Brasil.

No que diz respeito aos 'juízes sem rosto' da Colômbia e do Peru, a CIDH reiteradamente decidiu que eles violavam as cláusulas do devido processo, *v.g.* o direito de defesa e à informação; o direito ao juízo ordinário, pré-determinado e competente, previsto anteriormente por lei; o direito a um julgamento por um juiz ou Tribunal independente e imparcial. Sobre o sigilo quanto a identidade civil dos magistrados, a CIDH afirmou que ele lesa o direito a um julgamento público e levanta suspeitas insuperáveis sobre a imparcialidade dos julgadores, pois não há como se alegar incompatibilidades, impedimentos ou suspeições que recaiam sobre uma pessoa cuja identidade é desconhecida (CIDH, 1997; 1999; 2000; 2004; 2005).

Ainda que não se possa afirmar, tecnicamente, que a Lei 12.694/2012 instituiu no Brasil a figura do juiz sem rosto, pois as decisões tomadas pelo colegiado serão firmadas por todos os seus integrantes, admitindo-se, portanto, que as partes tenham ciência da identidade civil de seus julgadores, a nova legislação brasileira aproxima-se perigosamente dos postulados normativos emergencialistas que tiveram vigência na Colômbia e no Peru durante a década de 1990, na medida em que impõe sérias restrições aos princípios dos modelos constitucionais de juiz(o) e de processo. Ademais, se por um lado a Lei 12.694/2012 prevê identificação dos membros do colegiado, por outro ela estabelece que as sessões poderão ser secretas e que não haverá menção à existência de voto divergente, o que configura clara afronta à publicidade dos atos processuais.

Tais restrições não se justificam, segundo jurisprudência uníssona da própria CIDH, nem mesmo quando se tratar de acusado que integre organização terrorista ou criminosa, pois a suspensão dos direitos humanos só poderá ser feita de maneira temporária, e sempre na forma e nas hipóteses do art. 27 do Pacto de São José da Costa Rica.

Espera-se, assim, que se a inconstitucionalidade do juízo colegiado de primeiro grau não for jurisdicionalmente reconhecida tão somente pelo apreço aos modelos constitucionais de juiz(o) e de processo, que pelo menos o seja por temor a responsabilizações financeiras internacionais decorrentes da violação ao Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece, entre outros, o direito de ser processado e julgado, dentro de um prazo razoável, por juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (art. 8.1), à presunção de inocência e à ampla argumentação, incluindo-se aí o direito aos recursos (art. 8.2) e à publicidade dos atos processuais (art. 8.5), todos eles passíveis de insofismável violação se a Lei 12.694/2012 chegar a ser aplicada.

5. CONCLUSÕES

A Constituição brasileira de 1988 configurou um modelo arquetípico de juízo e um modelo arquetípico de processo aqui denominados como modelos constitucionais de juiz(o) e de processo, respectivamente. Apesar de conceitualmente distintos, tais modelos possuem um elemento conector comum – a imparcialidade –, de maneira tal que a violação ao modelo constitucional de juiz(o) importa em violação reflexa ao modelo constitucional de processo e vice-versa. Sendo assim, a configuração de um juízo imparcial dependerá necessariamente da estruturação legislativa de módulos processuais compatíveis com os princípios constitutivos da base principiológica uníssona do modelo constitucional de processo.

Porém, ao regulamentar o processo e julgamento dos crimes praticados por organizações criminosas, o legislador pátrio deixou-se influenciar pelos postulados emergencialistas do Direito Penal do Inimigo, estruturando, assim, um módulo processual absolutamente incompatível com os princípios constitutivos dos arquétipos dos modelos constitucionais de juiz(o) e de processo. Nessa toada, ignorou também as diretivas do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, o que eventualmente resultará em sanções econômicas internacionais ao Brasil.

Todavia, esse enfrentamento à criminalidade organizada com um viés emergencialista, além de inconstitucional é absolutamente desnecessário, pois a le-

gislação anterior à Lei 12.694/2012 já dá solução satisfatória aos casos penais em que o juiz competente para o julgamento de crimes cometidos por organizações criminosas sente-se intimidado pela ação de tais organizações. Sendo essa a hipótese, o juiz deve declarar-se suspeito e participar da instrução na qualidade de testemunha, ingressando no programa de proteção às testemunhas (Lei 9.807/1999) se julgar conveniente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali dela giustizia civile* – Seconda edizione ampliata ed aggiornata. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O inimigo no processo penal: uma análise a partir da relação entre Direito e política. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *(Re)forma do processo penal*. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica:* 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? v. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000a.

_____. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e terra, 2000b.

BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror:* diálogos com Habermas e Derrida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Adin nº 4.414, de 31 de maio de 2012. Disponível em: [http:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3886018]. Acesso em: 19 fev. 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas, 2013. Disponível em: [http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf]. Acesso em: 20 fev. 2015.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo:* estudos sobre o direito penal no Nacional-Socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CORDERO, Franco. *Procedura penale – nona edizione*. Milano: Giuffrè, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentença de 2 jul. 2004. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf]. Acesso em: 14 mai. 2012.

_____. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Sentença de 5 ago. 2008. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf]. Acesso em: 14 mai. 2012.

_____. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentença de 24 fev. 2012. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf]. Acesso em: 14 mai. 2012.

_____. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentença de 25 nov. 2004. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf]. Acesso em: 28 out. 2012.

_____. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentença de 18 ago. 2000. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf]. Acesso em: 28 out. 2012.

_____. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentença de 17 set. 1997. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf]. Acesso em: 28 out. 2012.

_____. *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*. Sentença de 30 mai. 1999. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf]. Acesso em: 28 out. 2012.

_____. *Caso Garcia Asto e Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentença de 25 nov. 2005. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf]. Acesso em: 28 out. 2012.

_____. *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*. Sentença de 26 set. 2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf]. Acesso em: 29 jan. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural no Brasil e um merecido tributo a Jorge de Figueiredo Dias. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Suzana Aires. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. v. 3. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009.

DALLE, Ulisses Moura. *Processo penal e criminalidade organizada no estado democrático de direito*, 1015, 121f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2015.

_____. Técnica processual e imparcialidade do juiz. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. v. 1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974;

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal:* abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso: la partialidad y la parcialidad. *Revista de Derecho Processal*, v. 2, 1950. Não paginado.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I* – 2. ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011a.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do inimigo e direito penal do cidadão. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de convencionalidade:* um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal:* da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Lei 12.694/2012: o juiz oculto e o desprezo às garantias processuais penais. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*, ano 2, n. 3, 2012/02.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MELIÁ, Manuel Cancio; DÍEZ, Gomez-Jara. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. v. I e II. Buenos Aires: B de F: 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; CONOLLY, Ricardo. Democracia e juiz sem rosto: problemas da Lei nº 12.694/2012. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1,

jan.-jun. 2013, não paginado. Disponível em: [http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n1/vol1n1-4.pdf]. Acesso em: 28 jan. 2015.

MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema social. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara. *Derecho penal del enemigo:* el discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer, 2006.

MONTERO AROCA, Juan. *La paradoja procesal del siglo XXI:* los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero). Valencia: Tirant lo blanch, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático:* uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal.* Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Juiz sem rosto e crime organizado: a Lei 12.694/2012 e os direitos fundamentais, de André Luiz Nicolitt – *RBCCrim* 105/249-269, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 7/835-854 (DTR\2015\10993);
- Julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organização criminosa e o princípio da identidade física do juiz, de Marco Antonio de Barros – *RT* 933/565-579 (DTR\2013\3796);
- Nova lei sobre organizações criminosas (Lei 12.850/2013): primeiras considerações, de Mauricio Schaun Jalil – *RIASP* 32/87-96 (DTR\2013\12534); e
- Organização criminosa e repressão jurídico-penal na realidade brasileira, de Luciano Anderson de Souza – *RIASP* 30/55-72 (DTR\2012\451351).

De *menores* a *adolescentes infratores:* contribuições ao debate sobre a criminalidade juvenil

From minors to young offenders: contributions on debate about young criminality

Alessandra Teixeira

Doutora e Mestre em sociologia pela USP. Advogada.
Professora Adjunta de políticas públicas da Universidade Federal do ABC - UFABC. Autora.
alessandra.teixeira@ufabc.edu.br

Fernando Salla

Doutor e Mestre em Sociologia pela USP. Sociólogo.
Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) e professor do Mestrado Profissional Adolescente em Conflito com a Lei (UNIAN). Autor.
fersalla@usp.br

Área do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumo: O artigo problematiza o lugar que a criminalidade juvenil ocupa no cenário contemporâneo, na cidade de São Paulo, e as práticas de controle e repressão que lhes atingem. Para tanto elabora um breve percurso histórico a partir da década de 1920, por meio dos dados produzidos pelos órgãos policiais, e analisa dados inéditos produzidos junto à Justiça da Infância e Juventude para discutir as dimensões da criminalidade dos adolescentes em relação aos adultos. Os principais resultados apontam às dissonâncias entre as representações sociais sobre os adolescentes infratores, que lhes atribui um papel decisivo à violência urbana, e os dados oficiais que apontam a uma participação reduzida de atos infracionais no conjunto dos crimes registrados, bem como a prevalência, entre os adolescentes, de crimes não violentos.

Palavras-chave: Adolescência - Crime - Polícia - Segurança Pública - Criminalidade.

Abstract: The article discusses the place that juvenile crime effectively occupies in the contemporary scene in the city of São Paulo, and the practices of control and repression that affect them. Therefore, take a brief historical journey from the 1920s through the data produced by law enforcement agencies, as minors are representing in public debate from their participation in urban crime. The article also brings new data by the Justice for Children and Youth to discuss the extent of young offenses compared to adults. The main results relate to the dissonance between the social representations about juvenile delinquents, who usually gives them a key role to urban violence, and official data that point to a reduced share of illegal acts in all the crimes recorded, as well as prevalence among adolescents, non-violent crimes.

Keywords: Adolescence - Crime - Police - Public Security - Criminality.

Teixeira, Alessandra; Salla, Fernando. De *menores* a *adolescentes infratores:* contribuições ao debate sobre a criminalidade juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 267-290, dez. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. De *menores* a *adolescentes:* a sujeição por trás da infração – 2.1. Abandono e delinquência (1920 a 1970) – 2.2. *Trombadinhas* (1970 e 1980) – 2.3. A adolescência infratora em tempos democráticos (1990-) – 3. O retrato contemporâneo da criminalidade juvenil e de sua repressão – 3.1. Dados de prisões de adultos e apreensões de adolescentes – 3.2. Os dados de ocorrências criminais na Capital – 3.3. Adolescentes sob punição: os dados da JEIJ de São Paulo – 4. Conclusões – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O campo da reflexão sobre os adolescentes envolvidos em atos infracionais tem sido atravessado, nas últimas décadas, e sobretudo nos anos mais recentes, por um complexo conjunto de percepções e representações. Não obstante a sua intensidade e mesmo seu tom emocional, o debate público, pautado principalmente por órgãos de imprensa, operadores do sistema de justiça, organizações da sociedade civil, tem revelado divergências ideológicas e conflitos de posicionamentos políticos.

A forte adesão de amplas camadas da população à redução da responsabilidade penal[1] as inúmeras Propostas de Emenda Constitucional nessa direção, a aceitação de medidas severas de punição a adolescentes em conflito com a lei (como a transformação de estabelecimentos de internação para aplicação de medida socioeducativa em estabelecimentos de detenção) são alguns dos indicadores de elevação do tom do debate e da configuração de práticas institucionais na direção de uma maior punitividade àquele grupo. Acuados se encontram, nesse debate, os grupos que argumentam em favor da implementação efetiva de políticas, programas e ações de proteção e promoção aos direitos de crianças e adolescentes.

Além das escolhas e posicionamentos político-ideológicos, parece-nos que a radicalização de tais disputas encontra o chão comum de um desconhecimento da verdadeira representatividade da criminalidade juvenil e de seu perfil, bem como de suas variações no tempo.

Interessa-nos aqui não contribuir com a reflexão no campo das interações sociais que são determinantes na adesão dos adolescentes às atividades criminais, nem discutir as configurações dos mercados ilegais que recrutam tais

1. Recente pesquisa do Instituto Datafolha apontou que 93% dos paulistanos são favoráveis à redução da maioridade penal. In: *93% dos paulistanos querem redução da maioridade penal*. Folha de S. Paulo, 17 abr. 2013.

adolescentes, as formas de gestão dos ilegalismos presentes na sociedade contemporânea, ou ainda o campo propriamente subjetivo das motivações para a construção de carreiras no crime. Neste artigo, nossa proposta estabelece-se no sentido de problematizar os dados estatísticos (e as respectivas fontes produtoras) que quantificam a participação de adolescentes em crimes e as medidas socioeducativas a eles impostas, de modo a qualificar melhor o debate sobre o engajamento juvenil no crime, desvelando assim sua real representatividade no conjunto da criminalidade urbana, tomando como referência sobretudo a cidade de São Paulo.

De forma geral, as fontes que produzem tais dados – Secretarias de Segurança Pública, Tribunais de Justiça, entidades responsáveis pela aplicação de medidas socioeducativas – não são pródigas em regularidade ao longo do tempo, nem primam pela qualidade requerida pelos estudos desenvolvidos no campo das ciências sociais. De qualquer modo, buscaremos apontar não só as inconstâncias na produção desses dados, o que limita consideravelmente as análises e um conhecimento mais cuidadoso da questão, mas também as suas potencialidades.

Outrossim, a apresentação dos dados e sua análise permitirão testar as hipóteses de maior engajamento criminal de adolescentes, ao longo dos últimos anos, e a eventual correlação que esse maior engajamento venha a guardar com as práticas de aprisionamento de jovens.

Acessar o cenário das infrações e prisões de adolescentes na cidade de São Paulo através de sua quantificação permite ainda que se confronte as informações encontradas com as representações sociais em torno desses sujeitos, que vêm se sedimentando ao longo das últimas décadas. Representações essas, massivamente dirigidas à ideia de seu protagonismo delitivo, sobretudo violento, assim como associadas a uma noção, bastante difundida pelo senso comum, de uma impunidade generalizada desses atores que, em última análise, seria o motor de seu pretenso protagonismo criminal.

Essa é assim a base de discursos a partir da qual se animam as demandas por maior punição aos *menores* de outrora e aos *adolescentes* de hoje, demandas que também se inscrevem no limiar entre a legalidade e a ilegalidade, entre a punição legal e as execuções sumárias (linchamentos, chacinas etc.).

Veremos que tais percepções sociais não se inauguram nas décadas mais recentes, mas, ao contrário, se encontram arraigadas na história da gestão dos ilegalismos, através de discursos oficiais, da imprensa, do senso comum, desde pelo menos a Primeira República. No mesmo sentido, veremos que tais representações, que associam a menoridade pobre à violência urbana e às ma-

zelas sociais, bem como a crença de sua impunidade como mecanismo reprodutor da delinquência, também é bastante longeva, guardando, contudo, pouca correspondência com a realidade retratada pelas estatísticas criminais. Ou seja, desde há muito constata-se um esforço traduzido pelos discursos e pelas políticas repressivas à retirada de circulação da menoridade pobre do espaço da cidade, através de instrumentos nem sempre legais, mais calcados em medidas higienistas e de controle social, não obstante a comprovada participação de menores nos crimes urbanas ter permanecido, ao longo das décadas, em baixos patamares, ou em todo caso bastante inferiores aos da criminalidade adulta.

Apresentaremos um breve percurso histórico de como a questão dos *menores* foi tratada ao longo do século XX e quais eram as fontes e dados principais que serviam de suporte para o debate público e para as iniciativas governamentais. Para tanto, parece-nos necessário segmentar esse período, compreendendo o primeiro as décadas de 1920 a 1970.

Simultaneamente à agonia do regime autoritário e ao processo de transição democrática, as décadas de 1970 e 1980 parecem indicar um segundo período em que se consolidam antagônicas posições políticas que, de um lado, lutam pela construção de um sistema de garantia de direitos e consequentemente de proteção aos adolescentes e, de outro, aglutinam-se forças conservadoras que acionam as representações sociais de uma maior criminalidade juvenil e colocam a necessidade de punições mais severas para os adolescentes.

Um terceiro período abrange as duas últimas décadas que se caracterizam pela radicalização daquelas posições. Ampliam-se, numa direção, os instrumentos legais e institucionais destinados a garantir os direitos de crianças e adolescentes, mas, noutra direção, os adolescentes infratores são cada vez apontados como parte substantiva da insegurança urbana, produtores de violência e merecedores de punições severas como a imobilização através da internação-encarceramento ou mesmo da interdição e confinamento em instituições especiais.

Adotaremos como elementos essenciais para nossa reflexão não apenas os marcos legais relevantes, como o Código de Menores de 1927 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, mas sobretudo os contextos sociais e políticos que motivaram a conformação de representações sociais sobre os adolescentes no mundo do crime bem como as percepções punitivas em relação a eles.

2. DE *MENORES* A *ADOLESCENTES:* A SUJEIÇÃO POR TRÁS DA INFRAÇÃO

Para compreender como a criança e o adolescente passam a ocupar um lugar de destaque nas políticas de controle e repressão e nos discursos normalizadores no contexto urbano, um caminho profícuo é indagar quando e de que forma esses atores, ou melhor, a "infância abandonada" se constituiu como um *problema*. Mariza Corrêa (1982) localiza a construção da categoria *menor* no Brasil, a partir da confluência entre medicina legal e direito, no final do século XIX, para designar a infância pobre, destituída de laços familiares ou vínculos socialmente reconhecíveis. "Transformado de adjetivo em substantivo" (p. 62), o *menor abandonado* emerge, nas primeiras décadas do século XX, como categoria socialmente produzida, resultado da incorporação contundente dos postulados "sociobiológicos" do pensamento de Nina Rodrigues e de seus discípulos na experiência social brasileira.

É nesse momento, como descreve Alvarez (2003), que no Brasil os criminologistas da *nova escola penal* irão se ocupar de modo mais acurado das categorias sociais a exigir "tratamento jurídico diferenciado",[2] entre elas o *menor* que se tornará o mais destacado objeto de uma retórica que converterá o combate à infância abandonada no verdadeiro projeto civilizador à nação.

2.1. Abandono e delinquência (1920 a 1970)

Embora convertido numa categoria institucionalizável, é certo que o *menor*, enquanto um dos alvos preferenciais do aparato repressivo, manteve-se objeto, sobretudo, das práticas policiais de controle soberbamente representadas pelas *detenções correcionais*,[3] das quais a espécie mais vindoura veio a ser a *prisão para averiguação*. Tais práticas consistiram em detenções efetuadas pela polícia, não necessariamente conectadas a eventos delitivos ou mesmo contravencionais, realizadas sem ordem judicial ou situação de flagrante delito (Teixeira, 2012).

2. As demais categorias seriam os *loucos e as mulheres*, como recupera Alvarez (2003) a partir da proposição de Tobias Barreto.

3. As denominadas *prisões correcionais e por averiguação* consistiam em detenções largamente realizadas pela polícia, não necessariamente conectadas a eventos delitivos ou mesmo contravencionais, efetuadas sem ordem judicial ou situação de flagrante delito. Tais prisões, embora ilegais, foram amplamente legitimadas pelo aparato jurídico-penal no país, do período imperial até meados dos anos 1980 do século XX, quando entrariam em declínio durante a redemocratização. A respeito, Teixeira (2012).

Assim, não obstante os discursos e as práticas se rearticulassem em torno do *menor* para lhe imporem caracteres mais ou menos criminógenos, tendo como horizonte uma institucionalização, eram os controles cotidianos a ele impostos que permaneciam intensos. Desse modo, embora na base da criação do Instituto Disciplinar, em 1901[4] já estivessem os anseios em segregar a infância abandonada e vadia do espaço da cidade, para então "recuperá-la", sua função jamais foi efetivamente atendida. Do mesmo modo do que ocorrera com a Colônia Correcional da Ilha dos Porcos, a espécime institucional para adultos vadios, apenas uma parcela ínfima de *menores* era remetida ao Instituto Disciplinar. Boris Fausto constatou, ao menos até 1924, que o Instituto abrigou "apenas uma dezena de meninos" (Fausto, 2000, p. 97), prevalecendo, de outro lado, o alto percentual de *menores* detidos "sem processo", em sua maioria por contravenções e pequenos delitos patrimoniais.

A entrada em vigência do Código de *Menores* de 1927 não alteraria essa realidade, tendo havido, na verdade, uma intensificação das "apreensões" cotidianas de *menores* a partir dos anos 1930, redundando no mesmo no ciclo detenção-soltura que caracterizava as prisões correcionais.

Em muito o maior controle dirigido aos *menores,* a partir da década 1930, se insere no mesmo contexto que levou ao acirramento da perseguição à vadiagem no período. Em 1935, o aparelho policial foi em parte reestruturado para ampliar as atividades de controle às classes populares, estendendo-se à Delegacia de Vigilância a competência para prender *mendigos e menores*, pelo que ela passaria a se designar Delegacia de Vigilância e *Capturas*.

O Relatório do Chefe de Polícia do ano de 1936[5] chama a atenção para um dado que merece de fato destaque: o número de *menores* apreendidos no Estado saltou de apenas 70 no ano de 1926 para 2.155[6] em 1935, sendo a imensa maioria deles, 1.886, apreendidos na Capital. Já no ano de 1936, o chefe de polícia informou que dos 1.203 *menores* apreendidos na Capital, 583, quase metade deles, correspondiam efetivamente a abandonados, e por isso foram

4. O Instituto Disciplinar foi criado em1901 para reclusão dos *menores abandonados* e aqueles condenados por vadiagem, sendo que dos 9 a 14 anos receberia apenas os abandonados, pequenos vadios e viciosos, e entre os 14 e 21 anos aqueles condenados por vadiagem.

5. Relatório do Gabinete de Investigações relativo ao ano de 1936.

6. Esse número se refere à apreensão de *menores abandonados* e tachados como vadios. Embora o relatório não esclareça de modo expresso, estão provavelmente excluídos desse contingente os infratores (os acusados de cometerem crimes).

enviados ao Juízo de *Menores*, sendo 469 entregues às famílias, 90 a outras delegacias e o restante encaminhado ao Interior de São Paulo ou a outros estados (Teixeira, 2012).

Como se depreende dos dados referidos, muito embora as apreensões de *menores* no período estivessem claramente referidas à sua condição de *abandonado* e assim voltadas a uma medida de controle social e não uma atividade de repressão criminal, o chefe de polícia atribui a alta das apreensões de *menores* à sua suposta participação crescente nos crimes patrimoniais na cidade:

"Julgo de meu dever, suggerir a conveniência de um entendimento entre a alta direcção da policia e os poderes e repartições competentes, com referencia à necessidade, cada vez maior, de uma vigilancia constante sobre os menores abandonados e pervertidos e sobre os empregados domésticos, porque uns e outros têm contribuído extraordinariamente para a elevação surprehendente do nosso coefficiente de criminalidade, com relação aos delictos contra a propriedade" (RELGAB, 1936, p. 15).

Assim, embora nenhum dado apresentado pudesse corroborar a afirmativa de que os *menores* (bem como os empregados domésticos) seriam os responsáveis pela alta dos delitos contra a propriedade, há uma forte representação social, aqui traduzida por um documento oficial, que já se delineia no sentido de atribuir ao *menor* as causas não apenas de desordens sociais, mas da criminalidade urbana em geral. O que está presente na ordem discursiva em relação ao *menor* é a ideia de que sua condição de abandono, pobreza, ausência de laços institucionais permanentes já traz em si a potencialidade do crime, algo que, embora não se inaugure nesse momento, se perfaz com mais nitidez a partir de então. Mais intensamente do que ocorria com a vadiagem, a *menoridade,* enquanto categoria forjada pelo discurso médico e jurídico, será o resultado mais acabado da articulação entre *abandono* e *delinquência*, como observou Alvarez (1989).

Percebido como um problema social, o *menor* na sua condição de abandonado, a quem se impingia atributos morais, legais ou não, de "vicioso", "transviado" ou pervertido", é visto nesse momento como um potencial protagonista da criminalidade patrimonial.

Seu controle, no entanto, como das populações-alvo em geral, permanece circunscrito às apreensões cotidianas e ilegais, as detenções correcionais, mormente na espécie *para averiguação,* que chegaram a representar mais de 60% de todas as prisões de *menores* em São Paulo durante o período relativo ao Estado Novo, como os dados abaixo estão a demonstrar:

Tabela 1 – Apreensões "correcionais" de menores no Estado segundo motivos preponderantes de 1938 a 1943

Motivos	1938	1939	1940	1941	1942	1943
Alcoolismo	158	112	143	133	129	134
Desordem	174	258	277	290	239	242
Averiguações	701	543	542	468	703	467
Juiz e outras autoridades (mandado)	104	160	213	253	72	168
TOTAL	1.137	1.073	1.175	1.144	1.149	1.011

Fonte: *A Estatística policial-criminal do Estado de São Paulo, 1938, 1939, 1940, 1943*. Departamento Estadual de Estatística. Serviço de Estatística policial do Estado de São Paulo-Brasil.

Será a partir do Estado Novo, aliás, que os menores serão incluídos pela primeira vez nas estatísticas referentes às detenções correcionais, e a partir das mesmas categorias extralegais, como se depreende da tabela acima. Com essa inserção, explicita-se a partir de então a infância abandonada como um dos principais alvos não apenas das táticas de controle social, como e sobretudo da gestão diferencial dos ilegalismos.

Cabe destacar que além do elevado percentual de prisões de *menores* para averiguação (cerca de 60%) nesta série de seis anos de registro de dados, os demais tópicos pouco ou nada se referem às condutas criminais propriamente ditas limitando-se a estratégias de controle social. O que faz com que sejam bastante frágeis as suposições de uma participação acentuada de jovens nos crimes praticados em São Paulo.

Os dados a partir das estatísticas policiais, dessa forma, pouco ajudam a dar a devida dimensão da participação dos jovens no conjunto da criminalidade. Outras fontes potenciais, como o poder judiciário, as instituições públicas ou privadas de abrigamento de *menores*, não tinham por rotina produzir, nesse mesmo período, dados ou pelo menos sistematizá-los para a divulgação. Mesmo o Serviço Social de Menores de São Paulo que publicou, de 1941 a 1952, o *Boletim do Serviço Social dos Menores* trazia bem poucas informações ou dados estatísticos sobre os *menores delinquentes*. Tais limitações na produção de dados permitiam que os debates sobre a participação dos jovens na criminalidade fossem construídos mais nas representações sociais em torno da criminalidade que por sua vez informavam as intervenções governamentais nessa área.

2.2. *Trombadinhas (1970 e 1980)*

A partir do final da década de 1960, a extenuação do processo de sujeição do *menor* acabará por convertê-lo na representação mais acabada da delinquência urbana, fenômeno que emerge na cidade de São Paulo justamente nesse período. Foi em torno da figura do *menor abandonado,* também designado àquele momento como *pivete* ou *trombadinha*, que se configurou a representação por excelência da violência urbana no período, tanto através dos discursos oficiais e da imprensa, como do senso comum (Teixeira, 2012). Num momento em que o fenômeno da criminalidade urbana massificava-se, tornava-se essencialmente difuso e caracterizado sobretudo pelo crime patrimonial de rua, o *trombadinha*[7] não raro um *menor de rua*, passou a personificar a figura do *delinquente* inspirando, como reação ao medo difuso que suscitou, formas ainda mais violentas de seu enfrentamento, do linchamento às execuções sumárias (Benevides e Ferreira, 1983; Caldeira, 1989).

É nesse momento que ocorre a mudança da designação de *menor abandonado* para *meninos de rua* o que tende a refletir um processo de extenuação do abandono, bem como não deixa de revelar uma certa superação do discurso oficial, até então prevalecente, de sua institucionalização. Assim, se passam a ser chamados de *menores de rua*, é não apenas porque é no plano da cidade, da rua, que sua presença, cada dia mais eloquente, se manifesta como um problema, mas também porque as raias de sua *solução* não mais se enquadram num horizonte institucional, no qual o abrigo e a reeducação constituíam a retórica da sua "redenção".

E é nesse contexto, como analisou Ferreira (1979), que a "marginalização do menor" eclodiu como um problema específico, não em função da pauperização a que se viu submetido, mas em função da intranquilidade que sua figura produzia. Assim, segundo a autora, "foi a delinquência de *menores* marginalizados e não sua marginalização" (p. 49), o que os colocou em cena atraindo discursos, medos e ações repressivas, públicas e privadas, no sistema punitivo e à margem dele (Teixeira, 2012).

Nota-se que a expressão *menor abandonado* vai sendo substituída por outras como *menor de rua, pivete, trombadinha,* revelando a construção de representações sociais que passam a ressignificar o lugar dos *menores* no espaço urbano

7. A *trombada* caracterizou-se por um tipo de roubo de rua mais agressivo que a *punga*, modalidade de furto urbano prevalecente entre as décadas de 1940 e de 1960, também praticada com frequência por *menores*. A trombada, contudo, longe esteve de encarnar a violência do assalto à mão armada, que já era frequente nos anos 1960.

e sobretudo na criminalidade. Ocorre um deslocamento dos debates sobre a relevância da existência de uma retaguarda institucional de apoio aos abandonados na direção do ingresso dos *menores* enquanto problema da segurança pública e principalmente como alvos de repressão.

Em certo sentido *menor de rua* ainda é uma categoria "de transição" que apontava para a condição de um certo abandono do *menor*. Porém *pivete* e *trombadinha* têm uma carga mais depreciativa e remetem à percepção do *menor* já na condição associada à transgressão e ao crime. Pode-se considerar que parte dessas mudanças nas representações sobre os *menores* tenha relação com a ditadura militar e a configuração de novos padrões de truculência que passaram a vigorar na gestão dos ilegalismos. De qualquer modo, os *menores* passaram a ser identificados cada vez mais como parte da emergente questão da violência urbana, ainda que como veremos abaixo nem sempre essa relação estivesse ancorada efetivamente nos registros das ocorrências policiais ou naqueles produzidos pelo Poder Judiciário.

No Rio de Janeiro, as inquietações com a "delinquência juvenil" antecederam em parte a emergência dessas percepções em São Paulo. A pioneira pesquisa "Delinqüência juvenil na Guanabara" (Cavallieri et alli, 1973) empreendida no ano de 1971 junto ao Juizado de Menores da Guanabara retratou, entre outros aspectos, o aumento significativo da participação de *menores* no cenário delitivo entre os anos de 1960 a 1971, concluindo ainda pela absoluta preponderância dos crimes patrimoniais, que chegavam no final do período estudado a representar 82,8% do total de delitos praticados por *menores* (Cavallieri et alli, 1973, p. 86).

Não obstante o período corresponda justamente àquele da emergência da violência urbana no contexto carioca, assim como da mudança do padrão de violência da criminalidade patrimonial (Misse, 2008), os resultados da pesquisa apontaram à manutenção da absoluta prevalência do *furto* entre os delitos praticados por *menores*, variando no período de 32% a 48% enquanto o roubo variou de 3% a 8% (p. 93), o que relativiza, ao menos até o início dos anos 1970, a contribuição nodal dos *menores* ao incremento da violência urbana naquele Estado.

Também em São Paulo, o período correspondente à década de 1960 e ao início da de 70 revela uma diminuta participação dos *menores* no crime de roubo, o que os dados abaixo, relativos ao Juizado de Menores da Capital, apresentados por Ferreira (1979) e aqui transcritos, estão a demonstrar:

Tabela 2 – Infrações cometidas por adolescentes por tipo penal – Capital – 1964-1978

	Furto	% furto	Roubo	% roubo	Entorpecentes	% entorpecentes	TOTAL
1964	1.435	46,3%	79	2,5%	124	4,0%	3.098
1965	1.399	38,1%	120	3,2%	112	3,0%	3.668
1966	1.253	43,2%	88	3,0%	47	1,6%	2.900
1967	1.297	48,8%	86	3,2%	52	1,9%	2.656
1968	1.363	48,9%	242	8,6%	145	5,2%	2.786
1969	1.663	49,4%	281	8,3%	145	4,3%	3.364
1971	953	46,4%	312	15,2%	126	6,1%	2.052
1972	1.799	43,8%	541	13,0%	200	4,8%	4.105
1973	2.669	40,3%	1.650	24,9%	474	7,1%	6.620
1974	2.527	43,4%	1.751	30,1%	170	2,9%	5.814
1975	3.464	53,1%	1.533	23,5%	85	1,3%	6.520
1976	1.397	19,4%	1.039	14,4%	274	3,8%	7.192
1977	2.795	36,3%	761	9,8%	257	3,3%	7.694
1978	5.452	60,6%	1.353	15%	580	6,4%	8.991

Fonte: 3º Ofício do Juizado de Menores – comarca da Capital. Ferreira (1979).

Diante da escassez dos dados para esse período, a tabela acima traz uma compilação valiosa sobre as infrações cometidas por *menores* na cidade de São Paulo, ainda que fique evidente a sua fragilidade expressa, por exemplo, na ausência de séries completas para alguns tipos penais e, sobretudo, na irregularidade provavelmente da coleta para os anos de 1970 e 1971.

Sua importância advém do fato de ser o único dado disponível sobre criminalidade juvenil no período nodal para a compreensão do fenômeno da violência urbana que passa a ser mais perceptível nesse momento, bem como sua associação à representação da delinquência juvenil no período (1964-1978). Assim, nota-se que os dados tendem a refletir as mudanças nas dinâmicas criminais e na gestão dos ilegalismos no período, ganhando o roubo (provavelmente na modalidade *trombada*) pouco a pouco destaque entre as práticas delitivas dos *menores*.

A partir dos dados, observa-se que o furto, um crime patrimonial cometido sem violência, representa quase a metade das infrações registradas cometidas por *menores*, durante a década de 1960 na Capital. Em muito esse dado pode apontar à prevalência do punguismo como modalidade criminal urbana entre os *menores*. Já a partir de 1973 o roubo ganha destaque entre os crimes registrados, mas nota-se que ainda figura em percentuais bastante inferiores ao

furto, que assume a plena prevalência entre os delitos com participação de menores, chegando a representar, em 1978, 60,6% dos crimes por eles praticados na cidade, contra 15% dos roubos no mesmo ano, o que também relativiza a predominância de uma criminalidade violenta entre os *menores* nesse período.

2.3. A adolescência infratora em tempos democráticos (1990-)

Em meio a intensas reconfigurações que atravessaram o contexto urbano, os conflitos e a questão social a partir dos anos 1980, é certo que em relação aos jovens e seu controle, muitas mudanças foram decorrentes. A própria forma de designar a infância e a juventude pobres deslocou-se da *menoridade* para a *adolescência*, tendo sido promulgado, em 1990, um estatuto legal que concedeu formalmente a esses atores mais direitos que todos seus antecedentes: o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O período também assistiu a uma profusão de estudos e pesquisas sobre juventude, violência e controle social, tematizando, sobretudo, o envolvimento de jovens no tráfico de drogas, em geral de caráter etnográfico. Referidos estudos concentram seu objeto junto a dinâmicas sociais que se estabelecem especificamente no mercado criminal de drogas, nas periferias dos grandes centros, para citar apenas alguns deles: Zaluar (2004) Dowodney, 2003; Souza, (2007); Ramos, 2009; Fefferman (2006); Lyra (2013). Não obstante, a atuação dos adolescentes na sempre renovada ordem criminal em curso na cidade de São Paulo, e mais precisamente o papel que tendem hoje a desempenhar nas refundadas relações entre crime, Estado e sociedade, permanece um tema ainda escassamente explorado.

Uma vez que a nossa proposta é apontar alguns descompassos entre a participação criminal dos adolescentes e as representações sociais em torno do controle social sobre eles, constata-se que tais descompassos, nas décadas mais recentes, tornaram-se mais complexos. A entrada em cena do tráfico de drogas e sua associação com os circuitos de violência ampliaram as representações de um maior protagonismo dos adolescentes na criminalidade.

A diversificação dos mercados ilegais e novos padrões de gestão dos ilegalismos em tempos democráticos também contribuíram para que se redefinissem as representações sobre o papel dos adolescentes na violência urbana e na criminalidade de uma forma geral. Assim, é a partir dessa perspectiva que discutiremos a seguir alguns dados sobre adolescentes infratores produzidos pela Justiça Especial da Infância e Juventude para a Capital e pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo.

3. O retrato contemporâneo da criminalidade juvenil e de sua repressão

Os dados relativos a ocorrências criminais a seguir apresentados têm como fonte as quatro Varas Especiais da Infância e Juventude (VEIJ), que dispõem de competência para processar e julgar os atos infracionais (crimes e contravenções penais) cometidos por adolescentes na Capital. Essa Justiça Especial é composta ainda, além das quatro varas de conhecimento (ou julgamento), de um departamento de execução de medidas socioeducativas (DEIJ), com competência estendida para a execução de medidas socioeducativas cumpridas em alguns municípios do Interior, além da Capital.

Por esses dados é possível conhecer o universo de todas as ocorrências criminais ou contravencionais cometidas por adolescentes oficialmente registradas, informação até então inacessível tendo em vista o fato de que a Secretaria de Segurança Pública (SSP/SP) não produz nem divulga uma contabilidade de ocorrências criminais estratificadas por idade de autores. A ausência da produção desse dado impossibilitou, até aqui, que se conhecesse a verdadeira representatividade do envolvimento dos adolescentes no conjunto dos crimes oficialmente registrados na cidade.

Pela normativa específica (ECA) e pela forma de organização judiciária do Estado e da Capital, é certo que constituem as VEIJ do Fórum Especial da Infância e Juventude da Capital um local privilegiado para se acessar tais informações. Isso porque, todas as notícias formalmente colhidas pela polícia civil quanto a atos infracionais em princípio atribuídos a adolescentes (em regra na forma de B.O e autos de apreensão), e cometidos na área geográfica da cidade de São Paulo, são levadas a procedimento nesse local. Referem-se assim à totalidade de ocorrências criminais atribuídas a adolescentes, e, ainda que nem todas elas resultem em processo judicial de apuração de ato infracional, tornam-se objeto de um expediente próprio, gerando, portanto, uma contabilidade oficial.

Apenas em data recente o Tribunal de Justiça, através de sua Coordenadoria da Infância e Juventude, passou a produzir referidas informações com a finalidade de divulgá-las à população trimestralmente.[8]

A importância desses dados deriva do fato de ser possível, através deles, dimensionar a real participação dos adolescentes no crime urbano em São Paulo,

8. As informações coletadas e sistematizadas pela Coordenadoria encontram-se ainda no prelo, e nos foram gentilmente cedidas pelos juízes da VEIJ.

confrontando tais informações com o único dado produzido e divulgado pela SSP/SP sobre adolescentes, ou seja, o número de apreensões em flagrante e por mandado. Referido confronto permitirá conhecer mais amiúde fenômenos como o engajamento criminal e a prisionalização de adolescentes, avaliando se e em que medida eles se relacionam ou, em sentido contrário, apresentam dinâmicas diversas e se conectam a diferentes fatos e demandas sociais.

Para o período mais contemporâneo trabalhamos assim com os dados da Justiça, que se referem ao perfil sociojurídico de adolescentes infratores, e também com os dados da Secretaria de Segurança Pública, que retratam a atuação policial traduzida nas prisões de adultos e adolescentes, bem como as ocorrências criminais também segundo a condição de adultos ou adolescentes e a natureza do crime.

3.1. Dados de prisões de adultos e apreensões de adolescentes

A SSP/SP contabiliza e divulga trimestralmente estatísticas criminais do Estado, relativas não apenas às ocorrências criminais (sem estratificação pela idade dos autores), mas também às prisões em flagrante de adultos e de adolescentes. No que se refere aos adolescentes, a SSP contabiliza três categorias de *apreensão* (que é a designação prevista em lei para a prisão de adolescentes), assim dispostas: 1) *número de autos de apreensão (art. 173 do ECA)*, 2) *número de infratores apreendidos em flagrante* e 3) *número de infratores apreendidos por mandado.*

Embora a SSP separe a primeira e a segunda categorias, é certo que se tratam ambas de apreensões em flagrante de adolescentes, com a diferença que na primeira os crimes que motivaram a apreensão foram cometidos com violência ou ameaça (exigindo-se, por disposição do ECA, a lavratura do auto de apreensão) e, na segunda, os crimes cometidos não apresentam violência ou ameaça no seu tipo[9] efetuando-se do mesmo modo a apreensão do adolescente, ainda que sem o auto. Assim, o total das apreensões em flagrante será o resultado da soma das duas categorias. A terceira categoria se refere às apreensões de adolescentes em razão de mandado judicial.

A seguir, os dados de prisões em flagrante de adultos e apreensões de adolescentes apresentados pela Secretaria de Segurança Pública (SSP) para o período de 2010 a 2012:

9. O tráfico de drogas está inserido nesta modalidade de crime.

Tabela 3 – Prisões e apreensões em flagrante e por mandado (adultos e adolescentes), Estado de São Paulo 2010-2012

Prisões e apreensões Estado SP	2010	2011	2012
N. de pessoas presas em flagrante	97.847	104.558	114.986
N. de pessoas presas por mandado	45.571	48.508	46.711
N. de autos de apreensão (art. 173 ECA)	8.311	10.390	12.392
N. de infratores apreendidos em flagrante	10.861	12.518	15.016
N. de infratores apreendidos por mandado	1.954	2.420	2.812

Fonte: SSP/SP

Os dados da Tabela 3 mostram que, em relação ao total de prisões em flagrante e por mandado de adultos, as apreensões de adolescentes em flagrante e por mandado equivalem a 18,6%. Ou seja, tomando como referência o ano de 2012, enquanto no estado de São Paulo o total de prisões de adultos em flagrante e por mandado foi da ordem de 161.697, as apreensões de adolescentes em flagrante e por mandado totalizaram 30.222.

Quando se compara a variação das prisões em flagrante de adultos com as apreensões em flagrante de adolescentes no período de 2010 a 2012, vemos que o aumento das apreensões dos jovens, que foi de 42%, representa mais que o dobro do que aquele registrado nas prisões de adultos, que ficou em 17%. Esse dado é bastante indicativo da crescente representação que as detenções de adolescentes tendem a desempenhar nas práticas de encarceramento (sobretudo provisório) no estado de São Paulo. A hipótese de que esse crescimento mais destacado se refere também a um proporcional aumento do envolvimento dos jovens com o crime poderá ser testada adiante quando apresentaremos os dados das ocorrências criminais envolvendo adolescentes na Capital.

Tabela 4 – Prisões e apreensões em flagrante (adultos e adolescentes), São Paulo, Capital, 2010-2012

Prisões e apreensões Capital	2010	2011	2012
N. de pessoas presas em flagrante	27.371	29.023	31.785
N. de pessoas presas por mandado	8.302	8.034	6.564
N. de autos de apreensão (art. 173 ECA)	2.772	3.263	3.604
N. de infratores apreendidos em flagrante	2.177	2.125	2.549
N. de infratores apreendidos por mandado	289	232	234

Fonte: SSP/SP

Teixeira, Alessandra; Salla, Fernando. De *menores* a *adolescentes infratores:* contribuições ao debate sobre a criminalidade juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 267-290, dez. 2016.

Quando se analisam as prisões de adultos e apreensões de adolescentes, em flagrante e por mandado, apenas na Capital, nota-se que as detenções de adultos totalizam 38.349 e a de adolescentes 6.387, equivalendo as apreensões de jovens assim a 16% das prisões de adultos, percentual ligeiramente inferior ao observado no Estado (18,6%). Já em relação à variação de prisões em apreensões em flagrante, enquanto os flagrantes de adultos aumentaram em 7% entre 2010 e 2012, as apreensões de adolescentes, nessa mesma modalidade, elevaram-se 24%, mais que o triplo do aumento da proporção de aumento dos adultos.

Assim, embora observemos um crescimento das prisões e apreensões consideravelmente menor na Capital em relação ao Interior do Estado (onde o aumento foi de 17% e 42%, respectivamente), também na cidade de São Paulo o crescimento do encarceramento provisório foi sensivelmente maior para os adolescentes, sugerindo duas hipóteses que serão testadas a seguir: o aumento do envolvimento criminal de jovens ou o aumento das práticas estatais voltadas a seu controle pela via do sistema criminal.

3.2. Os dados de ocorrências criminais na Capital

Os dados obtidos junto à Justiça Especial da Infância e Juventude e compilados na presente pesquisa referem-se ao período 2010 a 2012 e revelam as ocorrências criminais atribuídas a adolescentes segundo tipo de crime.

A tabela abaixo apresenta uma comparação entre as ocorrências divulgadas pela SSP envolvendo adultos e adolescentes e aquelas produzidas pela JEIJ envolvendo apenas adolescentes, ambas para o período de 2010 a 2012 e na Capital.

Tabela 5 – Total de ocorrências criminais* envolvendo adultos e adolescentes e não identificados**/ Capital – 2010-2012

	Capital					
	2010		2011		2012	
Ocorrências criminais por autor	N. Abs.	%	N. Abs.	%	N. Abs.	%
Ocorrências envolvendo adultos e não identificados	630.733	97,8	708.936	8,1	777.279	7.9
Ocorrências envolvendo adolescentes	14.189	2,2	13.546	1,9	17.170	2,1
Total de ocorrências e termos circunstanciados lavrados Polícia Civil (*adultos, adolescentes e não identificados*)	644.922	100	722.482	00	794.449	00

Fonte: SSP/SP e JEIJ da Capital

* Todos os dados sobre ocorrências criminais (de adultos, adolescentes e não identificados) têm como fonte comum o Boletim de Ocorrência lavrado pela Polícia Civil. Em um mesmo B.O pode ser registrado mais de um crime, bem como mais de um autor do fato (suspeito), sendo certo que tanto a SSP quanto a JEIJ levam em consideração a infração mais grave na sua contabilidade.

** *Na categoria* não identificados *estão os boletins de ocorrência sem autoria conhecida, dado que infelizmente não é divulgado desagregadamente pela SSP.*

Nota-se que as ocorrências envolvendo adolescentes perfazem tão somente 2% de todas as ocorrências criminais registradas na Capital. Esse dado é o mais importante para relativizar as representações sobre um eventual protagonismo da criminalidade juvenil no cenário das práticas ilegais na cidade. Suscita ainda esse baixíssimo percentual, algumas importantes reflexões.

Primeiramente a discrepância entre a baixíssima proporção das ocorrências criminais cometidas por adolescentes e os destacados percentuais de apreensão de jovens na cidade. Assim, *embora as ocorrências criminais oficialmente registradas envolvendo adolescentes tenham representado tão somente 2,1% de todas as ocorrências registradas na cidade no ano de 2012, as apreensões de adolescentes alcançaram 15,7% de todas as prisões efetuadas na Capital nesse ano.*

Ainda comparativamente às ocorrências e prisões de adultos, é certo que, não obstante as ocorrências registradas de adultos e adolescentes aumentarem praticamente na mesma proporção entre 2010 e 2012 (23% no caso dos adultos e 20% no dos adolescentes), o mesmo não se deu com as práticas de encarceramento provisório, como já mencionado. Enquanto as prisões em flagrante de adultos tiveram uma alta de 7% (inferior ao aumento das ocorrências) as apreensões de adolescentes elevaram-se em 24%, percentual superior inclusive ao aumento das ocorrências.

Uma conclusão preliminar, assim, permite visualizar um incremento no controle e na punitividade de adolescentes, que não encontra uma correspondência estrita com seu envolvimento criminal, oficialmente registrado. Resta ainda a indagação sobre a gravidade das condutas atribuídas a esses jovens como possível explicação para a sobrerrepresentação das apreensões de adolescentes no conjunto das práticas de aprisionamento provisório da cidade. Para iluminar essa questão, dispomos dos dados de ocorrências criminais atribuídas a adolescentes segundo tipo penal, produzidas pela JEIJ da Capital.

Segundo os dados obtidos junto à JEIJ de São Paulo, entre 2010 e 2012, as ocorrências criminais de adolescentes na Capital se referiam às seguintes infrações:

Tabela 6 – Distribuição das ocorrências envolvendo adolescentes segundo tipo penal, 2010-2012

	2010		2011		2012	
Crimes	N. abs.	%	N. abs.	%	N. abs.	%
Roubo	2.756	19,4%	2.949	21,7%	3.459	20,1%
Tráfico de drogas	1.913	13,4%	2.222	16,4%	2.736	15,9%
Furto	1.508	10,6%	1.585	11,7%	1.568	8,7%
Trânsito	1.385	9,7%	1.811	13,3%	1.575	9,1%
Lesões corporais	1.048	7,3%	1.343	9,9%	1.352	7,8%
Receptação	851	5,9%	1.011	7,4%	1.271	7,4%
Crimes ref. ao Estatuto do Desarmamento	390	2,7%	391	2,8%	369	2,1%
Uso de drogas	259	1,8%	307	2,2%	305	1,7%
Estupro	119	0,8%	170	1,2%	259	1,5%
Homicídio	52	0,3%	60	0,4%	64	0,3%
Latrocínio	11	0,07%	20	0,1%	19	0,1%
Outros	3.897	27,4%	1.677	12,3%	4.193	24,4%
Total	14.189	100%	13.546	100%	17.170	100%

Fonte: JEIJ/SP

Ao se observar, na tabela acima, a representação percentual dessas ocorrências, nota-se que roubo e furto, em 2012, significaram quase um terço do total (29,2%). Nesse mesmo ano, se adicionadas a esse montante as ocorrências relativas ao tráfico de drogas (15,9%), constata-se que quase metade de todas as ocorrências em que estiveram envolvidos adolescentes (45,1%) se referia a esses três tipos de crime. Observa-se ainda a baixa representação de crimes graves contra a pessoa (sobretudo homicídio e latrocínio) praticados por adolescentes no conjunto das ocorrências nesse período. Embora haja muito alarde na opinião pública em relação a um acentuado crescimento de crimes praticados por adolescentes nota-se ainda na Tabela 6 que os percentuais não têm apresentado oscilações acentuadas. O crime de estupro teve um aumento considerável, de 0,84 para 1,51% mas provavelmente em decorrência da entrada em vigor da Lei 12.015, de 07.08.2009, que ampliou as possibilidades de tipificação daquele crime.

Um aspecto que merece destaque diz respeito à alta das ocorrências, segundo praticamente todos os tipos penais, entre 2011 e 2012. Esse dado, apresentado inicialmente na Tabela 3, é consoante ao crescimento constatado, no mes-

mo período, junto à criminalidade adulta, o que está a indicar um fenômeno atinente às dinâmicas criminais como um todo na cidade no período.

Tabela 7 – Distribuição do total das ocorrências (envolvendo adultos, adolescentes e não identificados) segundo tipo penal, 2010-2012 – Capital

	2010		2011		2012	
Crimes	N. abs.	%	N. abs.	%	Nº.abs.	%
Furto	214.220	33,2%	241.030	33,3%	242.173	30,4%
Roubo	150.434	23,3%	124.813	17,2%	161.427	20,3%
Lesões corporais dolosas	36.470	5,6%	40.817	5,6%	43.701	5,5%
Trânsito**	26.708	4,1%	26.626	3,6%	27.801	3,4%
Tráfico de drogas	5.573	0,8%	6.573	0,9%	7.800	0,9%
Estupro	2.513	0,3%	2.418	0,3%	3.197	0,4%
Homicídio doloso	1.196	0,1%	1.019	0,1%	1.368	0,1%
Latrocínio	76	0,01%	71	0,009%	101	0,01%
Outros	211.517	32,7%	279.115	38,6%	308.111	38,7%
Total	644.922	100%	722.482	100%	794.449	100%

Fonte: SSP/SP

* Os dados foram extraídos das estatísticas trimestrais divulgadas pela SSP/SP em seu sítio. Como se observa, nem todas as incidências criminais apresentadas pela JEIJ são divulgadas pela SSP, incluindo-se seu registro na categoria outros crimes.

** Nesta categoria estão inseridos todos delitos relacionados ao Código Nacional de Trânsito, inclusive o homicídio e a lesão corporal culposas cometidos nesse contexto.

Os dados acima, relativos a todas as ocorrências criminais registradas na Capital segundo tipo penal, estão aqui apresentados a fim de se empreender um cotejamento aos dados da JEIJ, traduzindo assim um exercício de análise para interpretar as questões até agora aduzidas neste trabalho.

Quando se compara a distribuição das ocorrências registradas na SSP por tipo de crime, observa-se que os patrimoniais roubo e furto são responsáveis por cerca de metade das ocorrências, percentual superior ao apresentado pelos adolescentes. A razão para tanto está no protagonismo do furto, líder entre os crimes registrados na Capital, oscilando de 30% a 32%. O roubo aparece em segundo lugar, com 20% a 23%, percentual idêntico ao apresentado nas ocorrências de adolescentes. Uma diferença importante se refere às ocorrências relativas ao tráfico de drogas que, para os adolescentes, representam a segunda maior incidência registrada, variando entre 13% a 16% das ocorrências, en-

quanto na base da SSP não chegam a representar 1% de todas as ocorrências registradas.

Vale destacar que a base da SSP sobre ocorrências criminais inclui também os B.Os de autoria desconhecida, mas não divulga sua proporção, o que certamente dificulta uma melhor avaliação daquelas ocorrências. Já em relação às ocorrências envolvendo adolescentes da JEIJ, é certo que todas elas têm autoria identificada, o que significa que, em crimes mais gravosos como o roubo e o tráfico de drogas (atribuído como hediondo por nossa legislação) muito provavelmente recaia sobre esses jovens uma apreensão provisória, o que contribui para uma mais diminuta cifra negra sobre tais crimes. No mesmo sentido, cabem aqui as já mencionadas hipóteses sobre a maior suscetibilidade de adolescentes à prisão, quer pelo fato de desempenharem as piores e mais arriscadas funções no tráfico, quer por disporem de escassos recursos de negociação com as forças de ordem, e ainda de dificuldades de acesso a meios formais e informais de defesa.

De todo o modo, com exceção do tráfico de drogas, as condutas criminais de adolescentes não diferem substancialmente daquelas praticadas pela criminalidade em geral, não sendo passível de atribuição à gravidade dos crimes a maior prisionalização de adolescentes.

3.3. Adolescentes sob punição: os dados da JEIJ de São Paulo

Com relação à aplicação de medidas socioeducativas, os dados a seguir apresentados referem-se às guias de execução expedidas pela JEIJ da Capital entre 2010 e 2012, segundo tipo de medida aplicada. As guias de execução se originam de sentenças condenatórias[10] proferidas pelas VEIJ (de conhecimento) aos adolescentes individualmente. Embora cada guia se refira a apenas um adolescente, é certo que, no mesmo ano, um mesmo adolescente pode ter recebido mais de uma condenação, com o que apresentará mais de uma guia de execução.

10. O termo técnico correto utilizado na justiça da infância e juventude infracional não é sentença condenatória, já que não se trata de condenar o adolescente, que ainda não apresenta responsabilidade criminal, mas atribuir medida socioeducativa como meio de intervenção jurídico-social. Assim, decidindo pela procedência da imputação do crime que foi ao atribuído ao adolescente, o juiz aplica a medida cabível. Optamos, contudo, por manter o termo sentença condenatória, acompanhada desta devida nota, por ele transmitir mais adequadamente o sentido dessa ação ao leitor.

Por esses dados é possível conhecer o total de condenações proferidas pela Justiça da Capital no que toca aos adolescentes infratores, bem como identificar sua natureza, o que permite, em grande parte, superar uma dificuldade recorrente nas análises sobre esse público em relação ao espectro das punições impostas a partir do ECA.

Tabela 8 – Guias de execução de medidas socioeducativas expedidas pela JEIJ da Capital (São Paulo), 2010-2012

	2010		2011		2012	
Medidas	N. abs	%	N. abs.	%	N. abs	%
Internação	1.231	16,29	1.345	16,71	1448	16,31
Semiliberdade	1.593	21,08	1.546	19,20	1973	22,22
Sanção	0	0,00	0	0,00	0	0,00
Liberdade assistida	3.496	46,27	3715	46,14	4111	46,30
Prestação de serviços	1.180	15,62	1398	17,36	1320	14,86
Outras medidas	56	0,74	47	0,58	28	0,32
Total	7556	100,0	8051	100,0	8880	100,0

Fonte: VEIJ/SP

Embora as medidas de internação tenham aumentado no período em 17%, é certo que quanto à sua distribuição percentual, mantiveram-se praticamente no mesmo patamar em relação ao total das medidas aplicadas, o que está a indicar um aumento geral das guias de execução, sem, contudo, traduzir uma mudança no perfil das medidas. À medida que permanece mais aplicada pela JEIJ da Capital é a liberdade assistida (46%), seguida pela semiliberdade (22%) e pela internação (16%).

Pesquisas futuras que ampliem o período de apuração da distribuição das medidas poderão melhor avaliar se os adolescentes efetivamente têm sido alvos de uma punição mais severa que poderia se expressar pela aplicação da medida de internação. Por enquanto é possível constatar que, nesses três anos, não só a medida de internação, mas também as demais medidas socioeducativas vêm apresentando certa regularidade, com oscilações pequenas de ano para ano.

4. Conclusões

Como anunciado no preâmbulo deste artigo, nossa proposta foi, a partir da análise aos dados estatísticos produzidos pelas instâncias oficiais a respeito da criminalidade juvenil, testar as representações de um protagonismo delitivo, de um lado, e de uma impunidade generalizada de outro. Os dados, escassos e des-

contínuos, produzidos nos dois períodos iniciais selecionados (anos 1920 a 1970 e décadas de 1970 e 1980), conduziram a conclusões bastante diversas às representações, ainda hoje prevalecentes, no imaginário social sobre a criminalidade juvenil. Nos dois períodos iniciais, não apenas os então denominados *menores* ostentavam menor atividade criminal, comparados aos adultos, como suas principais condutas não compreendiam delitos violentos. Não obstante, o controle a eles dirigido mostrou-se, desde sempre, eloquente frente à sua real participação delitiva, ensejando formas extralegais de punição, como as execuções sumárias e os linchamentos. No período mais contemporâneo, cujo marco é o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (1990), embora a condição do agora adolescente infrator tenha se complexificado, não se resumindo mais à situação do abandono que marcara as décadas precedentes, constatamos que a participação dos adolescentes no crime urbano continua periférica, tanto numericamente quanto qualitativamente. O controle e a repressão a eles dirigido, contudo, tende a se acentuar nos últimos anos, o que a sobrerrepresentação das apreensões de adolescentes no conjunto das prisões provisórias realizadas na Capital está a demonstrar.

Ao mesmo tempo, constata-se que os crimes registrados envolvendo adolescentes não diferem substancialmente das condutas criminais apresentadas nas ocorrências criminais em geral na Capital, em espécie e número, o que relativiza uma premissa que tantas vezes é propagada por setores da sociedade, e que repercute fortemente no senso comum, de que os adolescentes cometem crimes mais graves que os adultos e em número maior. Ainda com relação aos dados aduzidos neste artigo, é possível notar alguma dissonância entre o volume e o crescimento das apreensões provisórias e o das aplicações de medidas de internação. Constatamos que o aumento das apreensões provisórias não está sendo acompanhado, ao menos na Capital, de um correspondente crescimento das medidas de internação, que aumentam num ritmo menor, mantendo uma representatividade diminuta frente ao total de medidas aplicadas, perfazendo 16% dessas medidas. Com isso, é possível concluir que o encarceramento provisório se sobrepõe expressivamente ao definitivo para os adolescentes, sugerindo a primazia de uma estratégia de controle sobre esse segmento social, que está mais centrada em dispositivos transitórios de retirada de circulação desse grupo social, do que em artefatos disciplinares exaustivos, para usar um termo caro à tradição foucaultiana.

Por fim, não é possível perder de vista ainda que a maior representatividade de adolescentes entre os presos provisórios pode estar profundamente relacionada às posições mais precárias que tendem eles a desempenhar na espiral do crime urbano na cidade, bem como expressam os mais escassos recursos que tendem a dispor para transacionar, formal e informalmente, sua liberdade. Essas hipóteses, amparadas em estudos já realizados, carecem, contudo, de

pesquisas mais detalhadas que aprofundem tais linhas de investigação, para além, certamente, do que este trabalho propõe para o momento.

De todo o modo, os dados aqui apresentados e analisados representam uma novidade relevante em meio aos dados existentes e até então trabalhados tanto pelas autoridades como pelos pesquisadores da área. O esforço inicial de realizar o cruzamento dos dados da JEIJ com os da SSP/SP e de pesquisas acadêmicas e escassas informações produzidas até a década de 1980 foi no sentido de problematizar as questões colocadas sobre o lugar do adolescente no mundo do crime e as formas de sua gestão, tendo como referência o Estado de São Paulo.

5. Bibliografia

ALVAREZ, Marcos César. (1989). *A emergência do Código de Menores de 1927:* uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Mestrado em Sociologia, FFLCH-USP.

_____. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil.* São Paulo, IBCCRIM, 2003.

BENEVIDES, Maria Vitoria; FERREIRA, Rosa Maria Fisher. Respostas populares e violência urbana: o caso dos linchamentos no Brasil. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). *Crime, violência e poder.* São Paulo: Brasiliense, 1983.

BRASIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). Lei n. 8.069 (1990, 13 de julho).

BRASIL. Lei n. 12.015, Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.

CALDEIRA, Teresa P. R. Ter Medo em São Paulo. In: BRANT, Vinicius Caldeira. (org.). São Paulo. *Trabalhar e Viver* (org.). São Paulo: Brasiliense/Comissão Justiça e Paz, 1989.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; SOUZA, Luís Antônio. Redução da Maioridade Penal: uma análise dos projetos que tramitam na Câmara dos Deputados. *Revista Ultima Ratio,* v. 1, n. 1, 2007.

CAVALLIERI, P.F; GONZAGA, D.; MIRANDA, A.C.; MISSE, M.; MOTTA, D. e TYGEL, A.F. *Delinqüência juvenil na Guanabara:* uma introdução sociológica. Tribunal de Justiça da Guanabara. Juizado de Menores, 1973.

CORRÊA, Mariza. Antropologia e medicina legal: variações em torno de um mito. In: VOGT, Carlos (org.). *Caminhos cruzados:* linguagem, antropologia e ciências naturais. São Paulo: Brasiliense, 1982.

DOWDNEY, L. *Crianças do tráfico:* um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2003.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano*: a criminalidade em São Paulo (1880-1924). 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

FEFFERMANN, Marisa. (2006). *Vidas arriscadas*. O cotidiano de jovens trabalhadores do tráfico. São Paulo: Vozes, 2006.

FERREIRA, Rosa Maria Fisher. *Meninos de rua*. Valores e expectativas de menores marginalizados em São Paulo. São Paulo: Comissão Justiça e Paz/Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (CEDEC), 1979.

LYRA, Diogo. *A República dos meninos*: juventude, tráfico e virtude. Mauad/Faperj, 2013.

MISSE, Michel. *Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. Porto Alegre: Civitas, v. 8, n. 3, 2008.

RAMOS, S. Meninos do Rio: violência armada e polícia nas favelas cariocas. *Boletim do CESeC*, n. 13, Rio de Janeiro: CESeC, 2009.

SOUZA, Luís Antônio Francisco; SILVEIRA, Marcelo Campos. Redução da maioridade penal: uma análise dos projetos que tramitam na Câmara dos Deputados. *Revista Ultima Ratio*, v. 1, n. 1, 2007.

TEIXEIRA, Alessandra. *Construir a delinquência, articular a criminalidade*. Um estudo sobre a gestão dos ilegalismos na cidade de São Paulo. Tese de doutorado em sociologia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – FFLCH/USP, 2012.

ZALUAR, Alba. *Integração perversa*: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

FONTES PRIMÁRIAS

ESTADO DE SÃO PAULO. *A Estatística policial-criminal do Estado de São Paulo, 1938, 1939, 1940, 1943*. Departamento Estadual de Estatística. Serviço de Estatística Policial do Estado de São Paulo, Brasil.

_____. *Relatório do Gabinete de Investigações relativo ao ano de 1936*. Secretaria de Negócios da Segurança Pública do Estado de São Paulo, Brasil.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Tribunal de Justiça: um olhar sobre a delinqüência juvenil, de Celia Soibelmann Melhem – *RBCCrim* 15/316-324 (DTR\1996\245); e
- Justiça juvenil restaurativa em São Caetano do Sul/SP: bases para uma política geral sistêmica, de Eduardo Rezende Melo – *RDIJ* 1/315-322 (DTR\2013\6436).

Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil

Dimensions of incarcerations and the challenges of the penitentiary policy in Brazil

Cristina Zackseski

Doutora em Ciências Sociais pelo Centro de Estudos Comparados sobre as Américas (CEPPAC) da Universidade de Brasília (UnB). Professora-adjunta da Faculdade de Direito da UnB, credenciada na pós-graduação para Mestrado e Doutorado.
Vice-coordenadora do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (NEVIS/UnB).
Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal (UniCEUB/UnB).
cristinazbr@gmail.com

Bruno Amaral Machado

Pós-doutorado em Sociologia – (UnB – JOHN JAY-NY). Doutor em Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.
Pesquisador associado do Departamento de Sociologia da UnB.
Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal (UniCEUB/ UnB). Promotor de Justiça (MPDFT).
brunoamachado@hotmail.com

Gabriela Azevedo

Mestre em Estatística pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Pesquisadora do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).
gmasoares@gmail.com

Recebido em: 10/03/2016
Aprovado em: 23/05/2016
Última versão autores: 05/08/2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O objetivo deste artigo é descrever e analisar a situação carcerária no Brasil e orienta-se pelo seguinte problema: como tem evoluído a população prisional no Brasil e quais as condições dos estabelecimentos prisionais e de medidas de segurança? Por ser um mapeamento nacional, enfatizamos que se trata unicamente de

Abstract: The article intends to analyze the prison situation in Brazil and it focuses on this problem: How evolved the prison situation in Brazil and what are the conditions of the Brazilian prisons and asylum units? As it is a nationwide mapping, we emphasize that that it is a general approach that requires a future development.

Zackseski, Cristina; Machado, Bruno Amaral; Azevedo, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016.

uma abordagem geral, que será objeto de futuro aprofundamento, pois a peculiaridade de um Estado federal de dimensões continentais como o Brasil torna mais difícil a análise e requer um olhar detido para as realidades locais. Ressaltamos que a proposta insere-se no rol de atividade do grupo de pesquisa Política Criminal (Uniceub - UnB), integrante da rede RELAPT - *Red Eurolatinoamericana para la prevención de la Tortura y de la violência institucional.* Utilizamos a metodologia de análise documental dos dados oficiais disponibilizados por organizações internacionais de Direitos Humanos, dos relatórios das comissões nacionais que fazem inspeções nos presídios e nos manicômios judiciários e das estatísticas oficiais disponíveis no Brasil sobre população prisional, a partir do ano 2000, com especial ênfase nos dados disponíveis no período compreendido entre 2008 e 2014.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento - Direitos Humanos - Política penitenciária - Brasil.

The peculiarity of a federal State as Brazil makes any discussion as we propose hard and demands a careful look at the local realities. This article is inserted as part of the activities of our research group "Criminal Policy and Human Rights" (Uniceub - UnB), partner of the international network RELAPT - *Red Eurolatinoamericana para la prevención de la Tortura y de la violência institucional.* We use documental technique analyses based on official data of international human rights organizations and reports of prison and asylum inspection commissions, from 2000 on, especially focused on the period between 2008 and 2014.

KEYWORDS: Incarceration - Human Rights - Penitentiary policy - Brazil.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O Brasil nos relatórios recentes de organizações internacionais de Direitos Humanos - 3. O que dizem os dados sobre o encarceramento no Brasil - 4. A situação das mulheres no sistema penitenciário nacional - 5. As regras das Nações Unidas e a situação dos "presos provisórios" no Brasil - 6. O cumprimento das medidas de segurança - 7. Uma proposta para definir critérios para a ação - 8. Conclusões - 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O crescimento da população carcerária é fenômeno global que se expandiu nas últimas décadas, resultado de mudanças profundas no uso da prisão como instrumento de controle e gerenciamento do crime. De acordo com os dados oficiais, Estados Unidos, China e Rússia são os países com o maior número de presos. O Brasil é o quarto país com o maior número de encarcerados, com 607.731 presos, o que corresponde a uma taxa de encarceramento de 286,0 presos por 100.000 habitantes. (Infopen, 2014, p. 11)

Uma das leituras mais difundidas é a de que o crescimento exponencial do encarceramento decorre do fato de que as prisões assumiram o papel dos guetos na gestão da pobreza, mediante a exclusão dos pobres. Nesta abordagem, a concepção foucaultiana da pena como forma de disciplina perde sua proeminência diante de constrições políticas e do mercado (WACQUANT,

2000; PRATT, 2002). Em análise mais detalhada do fenômeno, aponta-se que o incremento do uso das prisões deve ser analisado em contexto amplo sobre os distintos sentidos da pena na modernidade. A racionalidade das prisões nas últimas décadas está associada à cultura do controle do crime, fenômeno que não se restringe à hegemonia acadêmica do discurso punitivo, pois abrange a nova legitimação política do castigo institucional e suas ressonâncias em distintas esferas, como os meios de comunicação de massa (GARLAND, 2001).

Em análise recente, Matthews questiona a forma como o conceito de punitividade é utilizado de forma generalizada e acrítica, o que contribui para a fluidez e imprecisão do termo. Avalia o professor de Kent que, nas últimas décadas, houve uma diversificação das políticas de controle do crime, o que demanda novas pesquisas empíricas. O agravamento das sanções penais e o incremento da população carcerária não ocorrem em todos os lugares nem segue a mesma tendência. Além disso, convive com outras formas de intervenção penal, o que muitas vezes é ignorado pela literatura criminológica. (MATTHEWS, 2014).

As variações do fenômeno devem ser mapeadas nos diferentes contextos. Uma análise da produção legislativa no Brasil evidencia a recente expansão do direito penal sobre diferentes áreas. Certamente seria impreciso e pouco recomendável aderir ao discurso da punitividade de forma irreflexiva diante do aparecimento de legislações que buscam inserir mecanismos que diversificam as formas de intervenção penal. Por outro lado, tais medidas, há se reconhecer, não levaram ao desencarceramento, conforme indicam os dados oficiais.

O objetivo deste artigo é descrever e analisar a situação carcerária no Brasil e orienta-se pelo seguinte problema: como tem evoluído a população prisional no Brasil e quais as condições dos estabelecimentos de cumprimento de penas e medidas de segurança? Como se trata de um mapeamento nacional, enfatizamos que se trata unicamente de uma abordagem geral e que será objeto de futuro aprofundamento. A peculiaridade de um Estado federal de dimensões continentais como o Brasil torna mais difícil a análise e requer um olhar detido para as realidades locais. Ressaltamos que a proposta insere-se no rol de atividade do grupo de pesquisa Política Criminal (Uniceub – UnB), integrante da rede RELAPT – *Red Eurolatinoamericana para la prevención de la Tortura y de la violência institucional*.

Utilizamos a metodologia de análise documental dos dados oficiais disponibilizados por organizações internacionais de Direitos Humanos, dos relatórios das comissões nacionais que fazem inspeções nos presídios e manicômios judiciários, hospitais de custódia ou alas de psiquiátricas, das estatísticas oficiais disponíveis no Brasil sobre população prisional, a partir do ano 2000, com espe-

cial ênfase nos dados disponíveis no período compreendido entre 2008 e 2014. O estudo utiliza-se também da técnica estatística denominada Análise de Componentes Principais, que é uma metodologia de análise multivariada, muito utilizada quando o pesquisador deseja conjugar um grande número de variáveis ou de indicadores. Por intermédio desta técnica é possível reduzir o número de dimensões original, criando *scores* que sejam capazes de facilitar a interpretação dos dados por meio de visualizações gráficas em apenas uma ou em duas dimensões. Os *scores* criados são combinações lineares das variáveis originais, calculados por intermédio de procedimentos matemáticos que façam com que os primeiros componentes tenham a maior variância possível, e que, portanto, expliquem a maior parte dos dados. Neste estudo, o método foi utilizado com o intuito de criar um *ranking* de prioridade ou de gravidade da situação prisional, nos estados e no Distrito Federal. Ao final da análise que nos propusemos a fazer apresentamos algumas iniciativas já em curso que consideramos importantes para a redução deste amplo problema que é o encarceramento no Brasil, esperando que os resultados deste texto ajudem a identificar outras saídas que levem em conta as distorções específicas de cada estado da federação.

2. O BRASIL NOS RELATÓRIOS RECENTES DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O Brasil se apresenta no cenário internacional como violador de regras estabelecidas pelas Nações Unidas para tratamento de reclusos, sendo que importantes organizações de Direitos Humanos denunciam a situação das prisões brasileiras há anos e registram o fato de não serem tomadas providências. O relatório da *Human Rights Watch* de 2008 assim descreve a situação prisional brasileira:

> As condições desumanas, a violência e a superlotação que historicamente caracterizaram as prisões brasileiras permanecem entre os problemas mais sérios de direitos humanos do país. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, as prisões e cadeias brasileiras tinham sob sua custódia 419.551 detentos em junho de 2007, ultrapassando a capacidade do sistema em aproximadamente 200 mil pessoas.
>
> A violência continua a assolar as prisões no país inteiro. Nos primeiros quatro meses de 2007, 651 pessoas foram mortas enquanto estavam detidas, segundo uma comissão parlamentar criada para investigar problemas nas prisões do país. A comissão foi formada em agosto, depois que 25 detentos morreram queimados durante um motim em uma cadeia em Minas Gerais. Em setembro, um motim em uma prisão em Manaus resultou na morte de duas pessoas. Dis-

> túrbios também resultaram em mortes em prisões superlotadas em Recife e Abreu e Lima, no estado de Pernambuco.

A Anistia Internacional publicou, também em 2008, um relatório sobre o estado dos Direitos Humanos no mundo e a situação prisional brasileira assim está descrita: "Superlotação extrema, condições sanitárias precárias, violência entre gangues e motins continuaram a deteriorar o sistema prisional. Maus-tratos e tortura foram corriqueiros." A morte de detentos queimados em Minas Gerais também foi mencionada no citado relatório, assim como problemas ocorridos no Espírito Santo, em Pernambuco e no Pará.

> No Espírito Santo, em meio a acusações de tortura e de maus-tratos, o governo impediu que o Conselho Estadual de Direitos Humanos (CEDH) – um órgão com mandato oficial que, segundo a legislação estadual, tem poderes para monitorar o sistema prisional – entrasse nas celas.
>
> Mais de 20 pessoas morreram em 2007 no Presídio Aníbal Bruno, em Pernambuco. A prisão, que tem um problema crônico de falta de funcionários e que abriga um número de prisioneiros mais de três vezes acima da sua capacidade, há muito tem sido alvo de denúncias de tortura e de maus-tratos.
>
> (...)
>
> Em novembro, uma menina de 15 anos, acusada de um pequeno furto, foi presa em uma delegacia de polícia na cidade de Abaetetuba, no Pará. Ela foi forçada a dividir uma cela com cerca de 20 a 30 homens pelo período de um mês. Ela foi estuprada repetidamente, segundo informações, em troca de comida. (...) O caso recebeu uma ampla cobertura da imprensa e diversos órgãos federais abriram investigações, o que revelou a existência de vários casos de mulheres vítimas de graves violações de direitos humanos em outros locais de detenção.[1]

O relatório de 2009 da Anistia Internacional retrata um quadro muito semelhante, com casos de tortura, violação dos Direitos Humanos e superlotação nas prisões brasileiras. O relatório faz referência a um caso dramático de violência e descaso no interior de instituições prisionais, que é o da Casa de Detenção José Mário Alves – Urso Branco – de Rondônia. Este presídio já vem

1. O caso desta menina acabou motivando o Conselho Nacional de Justiça a realizar o trabalho dos Mutirões Carcerários, que será referido mais adiante como uma medida destinada a reduzir as ilegalidades cometidas no ambiente carcerário brasileiro.

motivando denúncias de diversas instituições desde 2002 à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da Organização dos Estados Americanos (OEA). Em 2008 houve um pedido de intervenção federal feito pela Procuradoria Geral da República ao Supremo Tribunal Federal. Em 2012 e em 2015 os problemas e as denúncias à OEA se repetiram. A ONG brasileira Justiça Global e a Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho têm relatado repetidamente casos de tortura e execuções sumárias, além da negligência do Estado a respeito, que inclui as péssimas condições estruturais do local para cumprimento de pena.[2]

Assim como Urso Branco (RO), outros presídios brasileiros já motivaram notificações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA: o Presídio Central de Porto Alegre (RS), O Presídio Aníbal Bruno do Complexo do Curado (PE) e o Complexo de Pedrinhas (MA). Em relação a este último, a referida Comissão foi acionada e expediu a Medida Cautelar n. 367/2013, na qual solicitou providências ao Governo Federal Brasileiro em razão das mortes ocorridas no Complexo de Penitenciário de Pedrinhas, que tem ocupado um lugar de destaque na mídia e também nos órgãos públicos destinados ao monitoramento da situação prisional brasileira. Segundo o Relatório de Inspeção do juiz responsável pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça, datado de dezembro de 2013, somente naquele ano foram registradas 60 mortes nas instituições prisionais maranhenses. Há notícias de casos de extrema violência que ganharam destaque especialmente a partir de 2010, quando 18 presos foram mortos e 3 decapitados no Presídio São Luís, que faz parte do Complexo de Pedrinhas, o que se repetiu em 2011, com 6 mortos e outros 3 decapitados em uma delegacia da cidade de Pinheiro, a 80 km da Capital. Depois deste último caso, o Conselho Nacional de Justiça fez uma inspeção na delegacia e foram identificados problemas de superlotação, além de inquéritos abertos em 2008 para apurar duas denúncias de tortura contra detentos (Inquéritos de Número 589/2008 e 1714/2008) e outro de um homicídio contra um detento (Inquérito n. 169/2010) que em 2013 ainda não haviam sido concluídos. O primeiro e o último tinham como última movimentação pedidos do MP de dilação de prazo; o segundo estava na PF para oitiva de pessoas. (CNJ, 2013, p. 3). Em outubro de 2013 foi a vez da Casa de Detenção, também do Complexo de Pedrinhas, registrar rebelião

2. Disponível em: [http://global.org.br/programas/situacao-critica-de-presidiarios-em-rondonia-e-denunciada-a-oea/]. Acesso em: 25 nov. 2015.

em que morreram 9 detentos e outros 30 ficaram feridos.[3] Em dezembro outra rebelião deixou mais 4 mortos. (CNJ, 2013, p. 4-5). O Relatório do Conselho Nacional do Ministério Público, elaborado por ocasião da mesma visita de 2013, resume o que consta também em outros documentos da seguinte maneira: "foi estabelecida uma política indevida de transferência de presos do interior para a Capital, restando a descentralização do Sistema Prisional como uma medida a ser adotada com urgência. (CNMP, 2013, p. 2).

O cenário retratado nos relatórios citados evidencia a incapacidade histórica do Estado Brasileiro de incorporar valores democráticos às práticas de funcionamento das instituições do sistema de justiça criminal (ADORNO, 1996, p. 163). O sistema penitenciário de cada país é um símbolo das situações de violência e desigualdade que ocorrem em outras etapas do sistema penal, possibilitando aos observadores a visão das situações limites da precariedade do controle social, como sugere o princípio da *less eligibility.*

3. O que dizem os dados sobre o encarceramento no Brasil

O Brasil já teve duas Comissões Parlamentares de Inquérito sobre o Sistema Carcerário. A primeira divulgou seu relatório final em 2008, e a outra, em 2015.[4] Em 2008 o Brasil ocupava o quarto lugar do mundo em número de pessoas presas. No relatório de 2015 o Brasil se manteve na quarta posição, tanto em números absolutos – cálculo em que fica atrás de Estados Unidos, China e Rússia – quanto em números relativos – ficando atrás de Estados Unidos, Rússia e Tailândia. Essa situação é consequência de um movimento que tem sido chamado de "grande encarceramento";[5] ele atingiu o Brasil de forma notável

3. A medida cautelar referida foi provocada por este caso.

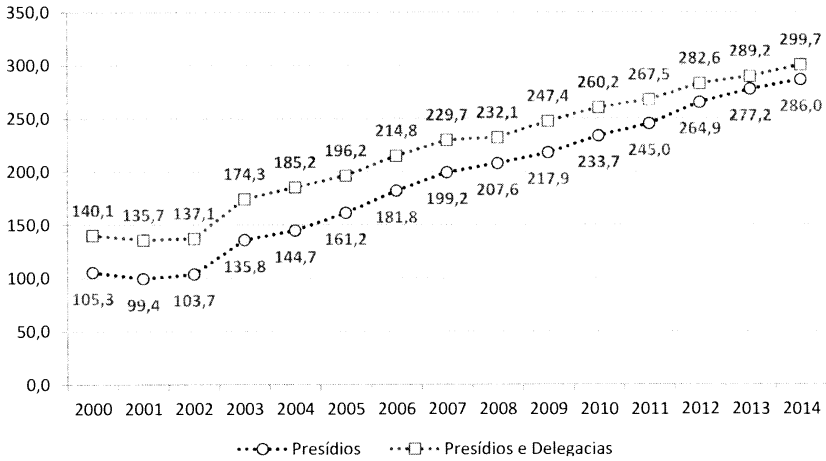
4. Os resultados destas CPIs foram muito criticados. O primeiro relatório nem mesmo foi aprovado e apresenta alguns erros nos dados (somatórios e percentuais). O segundo foi muito criticado por ter sido conduzido por um parlamentar que faz parte da chamada "bancada da bala" e por trazer conclusões polêmicas que não se sustentam pelos estudos realizados sobre o tema, como é o caso da privatização das prisões. Disponível em: [www.brasilpost.com.br/2015/08/04/privatizacao-prisoes-brasil_n_7912660.html]. Acesso em: 10 dez. 2015.

5. Michel Foucault utilizou a expressão "grande internamento" em seu livro *A história da loucura,* referindo-se ao processo de disciplinamento dos diferentes (pobres, doentes, criminosos, vagabundos) ocorridos entre os séculos XVII e XVIII na Europa, no momento em que já não se podia gastar vidas e força produtiva como se fazia no Antigo Regime, onde se praticava a eliminação física teatral da diferença. (DE GIORGI, 2006, p. 26 e ss). O termo hoje está associado ao processo de expansão dos sistemas punitivos, especialmente nos Estados Unidos da América (WACQUANT, 2006).

nos últimos anos, como comprovam os dados abaixo, decorrendo especialmente da "guerra às drogas", como veremos mais adiante.

Embora a posição do Brasil em relação aos outros países que mais encarceram no mundo não tenha se alterado de 2008 para 2015, observamos que a população carcerária no Brasil aumentou de forma espantosa nos últimos 14 anos. No ano 2000 o total de pessoas confinadas no sistema penitenciário era de 232.755, sendo este número a soma de condenados em todos os regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto) mais os presos provisórios[6] e aqueles detidos nas delegacias. De 2000 a 2014 este número cresceu 161%, e a população carcerária saltou para 607.731. Destacamos este crescimento no Gráfico 1, que mostra uma taxa de 140,1 presos por 100.000 habitantes no ano 2000 e o seu aumento para 299,7 pessoas confinadas a cada 100.000 no ano de 2014, sendo que a taxa considerada aceitável pelo Centro Internacional de Estudos sobre Prisões do *King's College* de Londres é abaixo de 150 presos por 100.000 habitantes. Se considerados somente os dados do sistema prisional, excluímos os presos em delegacias, a taxa de encarceramento por 100.000 habitantes passa de 105,3 para 286,0 nos últimos 14 anos.

Gráfico 1 – Crescimento da taxa de encarceramento de 2000 a 2014



6. Na verdade utilizamos a expressão "presos provisórios" de forma tecnicamente incorreta neste texto, somente por razões de adequação a uma linguagem comum utilizada nos relatórios consultados. Prisão provisória é uma espécie de prisão cautelar. As outras modalidades de prisão cautelar ou processual são: decorrente de flagrante, preventiva ou, temporária. Utiliza-se na linguagem corrente esta expressão por causa da indicação de sua precariedade, ou seja, para distinguir os presos condenados daqueles que ainda esperam julgamento.

Fonte: Elaboração própria a partir de informações sobre população carcerária do Ministério da Justiça – INFOPEN ([www.mj.gov.br]) e das estimativas elaboradas no âmbito do Projeto UNFPA/IBGE (BRA/4/P31A) – População e Desenvolvimento. Coordenação de População e Indicadores Sociais – IBGE.

Uma comparação muito simples é capaz de demonstrar a real dimensão desses números: enquanto o Brasil apresentou um aumento de 35% no período que vai de 2008 a 2014 considerando-se todas as vagas, inclusive as do sistema de segurança pública,[7] países que nos superam em números absolutos de presos apresentaram reduções de 8-9% – Estados Unidos e China, respectivamente – e de 24% no caso da Rússia. "Mantida essa tendência, pode-se projetar que a população privada de liberdade no Brasil ultrapassará a da Rússia em 2018". (BRASIL, 2014, p. 14-15)

O Brasil também ocupa o quarto lugar em número absoluto de presos provisórios, com 222.242 pessoas. Novamente os Estados Unidos (480.000) detêm o primeiro lugar, seguido da Índia (255.000) e da China (250.000) (BRASIL, 2014, p. 13), sendo que os dois últimos apresentam números muito próximos aos nossos.

Este tipo de política de encarceramento representa um flagrante desrespeito às regras internas e internacionais que versam sobre execuções penais, ocasionando os problemas sentidos especialmente pela população prisional e seus familiares, mas também para os demais atores envolvidos no cumprimento das penas, como agentes penitenciários e policiais, aumentando-se o risco e as dificuldades do trabalho. Ou seja, ainda que não fosse por razões humanitárias – direitos dos presos – e sim instrumentais, o descontrole é preocupante e acaba atingindo sempre pessoas que estão em posição de vulnerabilidade – demais direitos envolvidos –, neste caso até mesmo pelo risco da própria profissão, sem falar nos danos à credibilidade do sistema penal e na insegurança que o caos penitenciário produz no restante da sociedade, alimentando cada vez mais demandas por formas mais duras de punição, sendo esta a ausência identificada pelas "teorias de todos os dias".

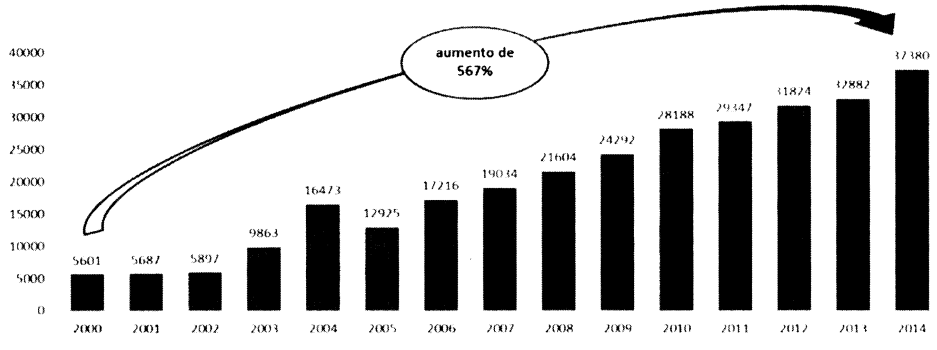
7. Sem contar as "vagas" das delegacias o aumento fica em 47%, ou seja, este é o aumento da população prisional do período indicado para os espaços efetivamente destinado aos presos.

4. A SITUAÇÃO DAS MULHERES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

Informação disponibilizada no sítio oficial da *World Prison Brief* indica que mais de 700.000 mulheres se encontram encarceradas atualmente. Alerta-se que a população carcerária feminina cresce em proporção maior que a masculina, registrando-se incremento de 50% nos últimos anos. Segundo dados oficiais veiculados, o Brasil ocupa a quinta posição mundial entre os países com a maior população de mulheres encarceradas, atrás de Estados Unidos, China, Rússia e Tailândia (WORLD PRISON BRIEF, 2015).

Os dados divulgados internacionalmente foram recentemente confrontados por ampla pesquisa conduzida pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), documentada no relatório denominado Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres – junho de 2014. De acordo com os dados oficiais do Depen, até junho de 2014, do total de 579.781 encarcerados (excluídos os presos em delegacias, pois não há contagem por sexo), 37.380 são mulheres, 6,4% da população prisional e uma taxa se aprisionamento de 18,5 por 100.000 habitantes. A tendência de crescimento do aprisionamento de mulheres, fenômeno identificado em diferentes países, pode ser observada no Brasil. Entre os anos 2000 e 2014, o número de homens na prisão cresceu 220%, enquanto a população carcerária feminina foi incrementada em 567% (BRASIL, 2015a, p. 9). A seguinte figura é ilustrativa (BRASIL, 2015a, p. 10):

Figura 1 – Evolução da população de mulheres no sistema penitenciário. Brasil. 2000 a 2014.



Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005, dados do Infopen/MJ.

A distribuição da população carcerária entre os anos 2007 e 2014 pode ser identificada nas diferentes unidades da federação. São Paulo, o estado mais populoso do Brasil, conta com o maior percentual de homens e mulheres encarcerados. Em relação às mulheres presas, em ordem decrescente, destacam-se São Paulo, com 14.810 presas, Rio de Janeiro, com 4.139 presas, Minas Gerais, com 3.070 presas, e o estado de Pernambuco, com 1825 presas. O Rio de Janeiro apresenta o maior percentual de mulheres presas em relação à população prisional dos estados, com 10% (BRASIL, 2015a, p. 12).

A figura 2, extraída do relatório do Ministério da Justiça, permite visualizar a distribuição da população carcerária no Brasil no ano de 2014 (BRASIL, 2015a, p. 12):

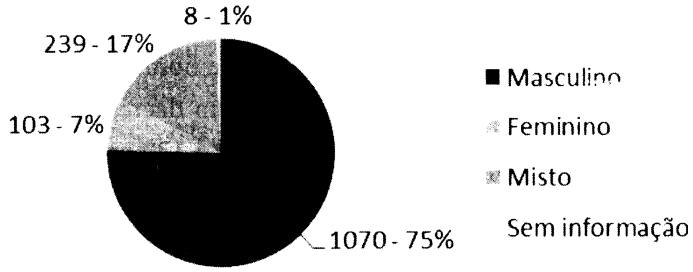
Figura 2 – População no sistema penitenciário segundo gênero. UFs e regiões. 2007 a 2014

	Mulheres								Homens								Variação entre 2007-2014	
UF	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Mulheres	Homens
AC	124	140	171	245	249	210	181	172	2.279	2.896	3.250	3.520	3.570	3.335	3.636	3.316	39%	46%
AP	70	94	137	142	130	111	113	112	1.800	2.010	1.675	1.680	1.698	1.934	2.119	2.542	60%	41%
AM	279	344	337	405	519	623	566	528	2.837	3.281	3.538	4.046	4.881	6.191	6.597	6.850	89%	141%
PA	284	332	523	574	673	747	683	695	6.690	7.169	8.213	7.831	9.129	10.242	11.098	11.909	145%	78%
RO	331	553	579	527	599	631	538	398	4.797	5.425	6.407	6.899	5.740	6.817	6.963	7.233	20%	51%
RR	116	129	146	159	165	184	143	141	1.185	1.364	1.505	1.536	1.545	1.585	1.385	1.464	22%	24%
TO	65	72	78	102	98	91	92	149	1.504	1.591	1.570	1.784	1.864	2.009	2.344	3.084	129%	105%
Total Norte	**1.269**	**1.664**	**1.971**	**2.154**	**2.433**	**2.597**	**2.316**	**2.195**	**21.092**	**23.736**	**26.158**	**27.296**	**28.427**	**32.113**	**34.142**	**36.398**	**73%**	**73%**
AL	62	111	120	135	164	225	271	337	1.455	1.564	1.858	2.959	3.190	3.928	4.684	5.086	444%	250%
BA	302	294	392	493	484	581	597	587	7.958	8.111	7.828	8.394	8.971	9.670	10.863	11.249	94%	41%
CE	408	487	498	720	782	760	438	866	11.778	12.279	12.374	14.481	15.382	16.862	17.645	19.550	112%	66%
MA	98	98	114	204	167	207	197	229	2.826	3.175	3.311	3.604	3.705	4.034	4.213	4.301	134%	52%
PB	271	321	394	459	587	574	717	520	7.833	8.596	8.130	7.593	7.623	8.149	8.516	9.076	92%	16%
PE	909	977	1.161	1.590	1.788	1.909	2.326	1.825	17.927	18.831	19.880	22.335	24.062	26.860	29.857	29.685	101%	66%
PI	110	100	118	99	121	116	217	199	2.524	2.157	2.473	2.615	2.724	2.811	3.004	3.025	81%	20%
RN	204	218	237	314	304	393	314	438	2.772	2.682	3.538	3.991	4.068	5.452	4.529	6.609	115%	138%
SE	89	113	129	136	183	200	275	253	2.130	2.149	2.613	3.301	3.375	3.930	4.330	3.804	184%	79%
Total Nordeste	**2.453**	**2.719**	**3.163**	**4.150**	**4.580**	**4.965**	**5.352**	**5.254**	**57.203**	**59.544**	**62.005**	**69.273**	**73.100**	**81.696**	**87.641**	**92.385**	**114%**	**62%**
ES	649	833	1.046	854	854	1.343	1.071	1.180	5.345	6.124	6.990	8.900	11.181	13.390	14.033	15.054	82%	182%
MG	1.124	1.827	2.250	2.442	2.542	2.638	2.971	3.070	20.429	29.269	32.871	34.873	39.027	42.902	49.183	53.166	173%	160%
RJ	1.116	1.117	1.077	1.578	1.786	1.685	1.618	4.139	21.735	20.823	22.081	23.936	25.996	29.221	32.128	35.182	271%	62%
SP	6.531	6.820	7.605	8.491	9.762	11.276	11.896	14.810	135.078	137.702	146.910	155.185	164.298	179.552	194.113	200.033	127%	48%
Total Sudeste	**9.420**	**10.597**	**11.978**	**13.365**	**14.944**	**16.942**	**17.556**	**23.199**	**182.587**	**193.918**	**208.852**	**222.894**	**240.502**	**265.065**	**289.457**	**303.435**	**146%**	**66%**
PR	1.563	1.518	1.367	988	1.114	1.259	984	898	19.154	21.677	20.799	18.772	19.350	20.763	20.486	18.613	43%	-3%
RS	1.146	1.295	1.738	2.085	2.011	1.902	1.771	1.614	24.456	26.341	27.012	29.298	27.102	27.341	26.427	26.445	41%	8%
SC	685	892	1.010	1.170	1.183	1.154	1.225	1.129	10.230	11.265	12.330	13.371	13.423	15.157	16.393	16.785	65%	64%
Total Sul	**3.394**	**3.705**	**4.115**	**4.243**	**4.308**	**4.315**	**3.980**	**3.641**	**53.840**	**59.283**	**60.141**	**61.441**	**59.875**	**63.261**	**63.306**	**61.843**	**7%**	**15%**
DF	377	374	435	1.443	583	641	657	669	7.371	7.333	7.722	7.481	9.643	10.758	11.691	12.600	77%	71%
GO	440	496	485	669	671	599	585	684	8.367	9.219	9.385	10.327	10.492	10.619	11.703	12.560	55%	50%
MT	696	1.038	1.169	1.255	767	683	669	496	8.546	9.691	9.892	10.190	10.418	9.930	9.963	9.861	-29%	15%
MS	985	1.011	976	909	1.061	1.082	1.178	1.242	8.319	9.160	8.665	8.615	9.450	10.216	11.139	12.961	26%	56%
Total Centro-Oeste	**2.498**	**2.919**	**3.065**	**4.276**	**3.082**	**3.005**	**3.089**	**3.091**	**32.603**	**35.403**	**35.664**	**36.613**	**40.003**	**41.523**	**44.496**	**47.982**	**24%**	**47%**
Total Brasil	**19.034**	**21.604**	**24.292**	**28.188**	**29.347**	**31.824**	**32.293**	**37.380**	**347.325**	**371.884**	**392.820**	**417.517**	**441.907**	**483.658**	**519.042**	**542.043**	**96%**	**56%**

Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Em relação à infraestrutura prisional, constata-se que das 1.420 unidades no sistema prisional estadual, apenas 7% destinam-se ao público feminino e 17% são mistas, com alas ou áreas destinadas às mulheres. Conforme se infere do relatório (BRASIL, 2015a, p. 15):

Figura 3 – Destinação do estabelecimento por gênero. Brasil. Junho de 2014



Fonte: Infopen, jun./2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

A disponibilidade de celas para presos provisórios em estabelecimentos femininos alcança 27% das unidades, enquanto 52% dos presídios masculinos contam com unidades para este fim.

A maternidade é outra peculiaridade contemplada na legislação que disciplina a execução das penas. De acordo com o art. 14, § 3.º da Lei de Execução Penal, "será assegurado o acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido". O art. 83, § 2.º do referido diploma legal estabelece a obrigatoriedade de berçários nos estabelecimentos penais destinados a mulheres, os quais devem estar equipados com estrutura para a amamentação até, no mínimo, 6 meses de idade. Além disso, o art. 89 determina que é obrigatória a existência de unidade para gestante e parturiente, bem como de creche para crianças com mais de 6 meses e menores de 7 anos, a fim de amparar a criança. As instalações devem contar com pessoal qualificado e horário de atendimento adequado às necessidades da criança e genitoras.

Em estudo realizado pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fiocruz, a partir de metodologia qualitativa, foram entrevistadas 447 presas no sistema prisional, com o foco em questões pertinentes à saúde das presas e dos agentes penitenciários. Denunciou-se a vulneração dos direitos das gestantes e mães encarceradas, bem como das crianças. Diferentemente do que é muitas vezes difundido no senso comum, apurou-se que a grande maioria das mulheres gestantes chega grávida ao sistema prisional (90%) e carece de assistência médica pré-natal. Os pesquisadores argumentam que 65% das gestantes condenadas respondem ou responderam por crimes de menor ou médio potencial ofensivo, como o pequeno tráfico de drogas e furtos, e que poderiam responder em regime aberto (IBDFAM, 2015). A Pastoral Carcerária divulgou relatório em que enumera as principais dificuldades enfrentadas pelas mulheres privadas de liberdade. A deficiente estrutura de assistência médica e mental foi um dos

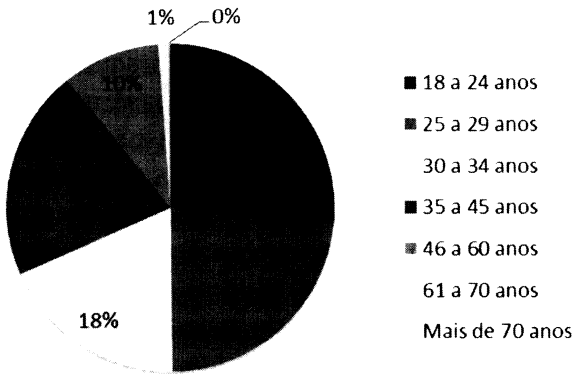
aspectos centrais do documento, além do descumprimento das normas estabelecidas pela Lei de Execução Penal referente à maternidade e aos direitos assegurados às mães e crianças (PASTORAL CARCERÁRIA, 2015).

A partir do cenário descrito pela legislação, a pesquisa conduzida pelo Ministério de Justiça buscou mapear se a maternidade no ambiente carcerário foi contemplada na arquitetura prisional. Para esse objetivo, considerou-se a existência de espaços destinados à amamentação, creche, bem como cela específica para a gestante. Constatou-se que 34% dos estabelecimentos femininos dispõem de espaço destinado para gestantes, e apenas 6% dos mistos contavam com unidades destinadas às gestantes (BRASIL, 2015a, p. 18). Em relação à existência de berçário/centro de referência materno infantil, 32% dos presídios femininos contavam com espaço para este fim, ao passo que apenas 3% das unidades mistas dispunham de referidas unidades. Apenas 5% dos estabelecimentos femininos possuíam creches, inexistentes nos estabelecimentos mistos (BRASIL, 2015a, p. 19).

Recente investigação empírica sobre as condições para o exercício da maternidade pelas mulheres presas, projeto realizado sob os auspícios da Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) do Ministério de Justiça, trouxe importante contribuição para aprofundar o conhecimento sobre as condições disponibilizadas às gestantes no sistema prisional (BRASIL, 2015b). Detectou-se a escassez e inadequação dos poucos espaços destinados às mães nos estabelecimentos prisionais femininos ou mistos. Critica-se o descumprimento de recomendações de organizações internacionais contra o uso da prisão para gestantes e mães encarceradas (BRASIL, 2015b, p. 78-79). Estudos recentes adensaram o conhecimento do campo de estudos sobre as mulheres encarceradas no Brasil. Em pesquisa realizada na Penitenciária Feminina do Distrito Federal (PFDF), evidenciou-se a precariedade da estrutura disponibilizada às mulheres. Diniz reconhece a relevância da discussão sobre as condições para o exercício da maternidade. Alerta, porém, para o risco de se reforçar a imagem e o estereótipo da mulher vinculada ao lugar tradicionalmente a ela reservado (DINIZ, 2015).

Do total de mulheres presas, apontou-se que 63% referem-se a condenações por penas privativas de liberdade até 8 anos de reclusão. Do total de mulheres recolhidas ao sistema prisional, 11.269 estavam presas cautelarmente, sem condenação, e 45% cumpriam pena em regime fechado (BRASIL, 2015a, p. 20). A faixa etária das mulheres privadas de liberdade permite algumas comparações. Se os jovens representam 21% da população brasileira, destacou-se que 50% das mulheres presas têm entre 18 e 29 anos, 18% entre 30 e 34 anos e 21% entre 35 e 45 anos (BRASIL, 2015a, p. 22).

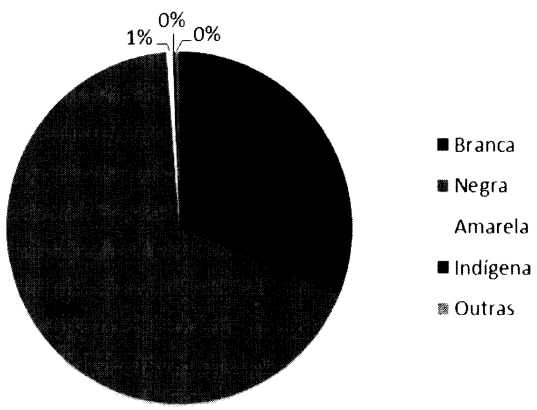
Figura 4 – Faixa etária das mulheres privadas de liberdade. Brasil. Junho de 2014



Fonte: Infopen, jun./2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

A pesquisa do Ministério de Justiça (BRASIL, 2015a, p. 24) contemplou também a variável raça, cor ou etnia na pesquisa sobre o perfil das mulheres presas no Brasil. Constatou-se que, se de um lado, a população negra é de 51%, dois terços das presas no Brasil, exatamente 67%, são mulheres negras, o que sugere a maior vulnerabilidade do segmento da população à seletividade do sistema de justiça criminal. Conforme se infere da figura 5 (BRASIL, 2015a, p. 24):

Figura 5 – Raça, cor ou etnia das mulheres privadas de liberdade. Brasil. Junho de 2014

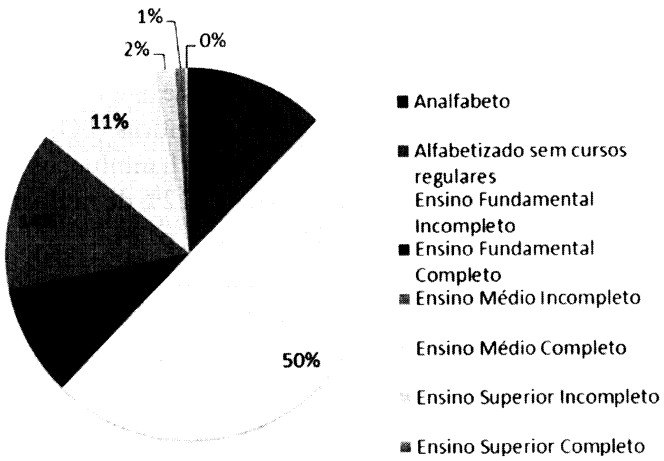


Fonte: Infopen, jun./2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Os dados permitem identificar a escolaridade da mulher recolhida ao sistema prisional brasileiro. Apenas 8% da população prisional conclui o ensino

médio no Brasil. Entre as mulheres, 4% são analfabetas, 11% concluíram o ensino médio, 10% completaram o ensino fundamental, 14% contavam com o ensino médio incompleto e 11% com o ensino médio completo. Apenas 1% das mulheres presas havia completado o ensino superior, conforme a seguinte figura (BRASIL, 2015a, p. 26):

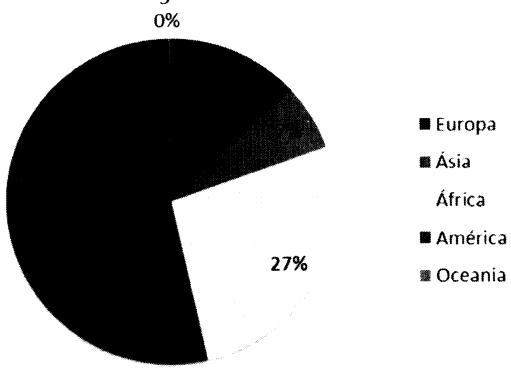
Figura 6 – Escolaridade das mulheres privadas de liberdade. Brasil. Junho de 2014



Fonte: Infopen, jun./2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Do total de presos no Brasil, 2.778 são estrangeiros, 21% deles mulheres, das quais 53% são de origem americana, 27% africana e 13% europeia. O estudo relacionou os principais países de procedência das mulheres estrangeiras: Bolívia, com 99 presas, e Paraguai, com 83.

Figura 7 – Continente de proveniência das presas estrangeiras. Brasil. Junho de 2014



Fonte: Infopen, jun./2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Em relação aos tipos penais que levaram à condenação, apontou-se que 40% dos presos no Brasil encontram-se recolhidos pela prática de crimes patrimoniais, 27% por tráfico de entorpecentes e 14% por homicídios. A análise de gênero aponta especificidades do encarceramento feminino no Brasil, pois 68% dos crimes pelos quais as mulheres são processadas referem-se ao tráfico de drogas (BRASIL, 2015a, p. 30).

O dado identificado na pesquisa conduzida pelo Ministério da Justiça pode ser confrontado com outras análises. Estudo recente considerou o impacto da política de guerra às drogas no crescimento da população carcerária no Brasil. A desproporcionalidade da política de guerra às drogas e os elevados custos humanos e econômicos da opção política são objeto de críticas (BOITEUX; PÁDUA, 2013). Especialmente em relação ao encarceramento feminino, os pesquisadores apontaram, entre 2007 e 2012, o incremento da 77,12% de mulheres presas por infração à Lei de Drogas (BOITEUX; PÁDUA, 2013, p. 24-27).

Argumenta-se que as condições de vulnerabilidade das mulheres selecionadas pelo sistema penal, na esteira do programa punitivo da Lei de Drogas, fazem com que o foco se direcione a mulheres pobres e negras, o que sugere repensar as estratégias de intervenção penal, priorizando atuações preventivas de natureza social (CORTINA, 2015). Outras pesquisas problematizam os discursos das mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. Argumenta-se que o complexo motivacional sugere diferentes percepções sobre o papel feminino em domínio marcadamente masculino. O que também é relevante para análise do crescimento do número de envolvidas com o tráfico de drogas (BARCINSKI, 2009; TAVARES, 2015).

No que tange à política laboral e educacional, alguns dados merecem destaque. De acordo com a Lei de Execução Penal e com a CLT, o trabalho prisional deve ser tanto produtivo quanto educativo, e a remuneração não deve ser fixada aquém de ¾ do salário mínimo. Além disso, a fim de promover o retorno do detento à convivência social, devem-se promover atividades educacionais. Para isso, contemplam-se tanto as atividades escolares quanto a formação profissional, sendo obrigatório o ensino fundamental.

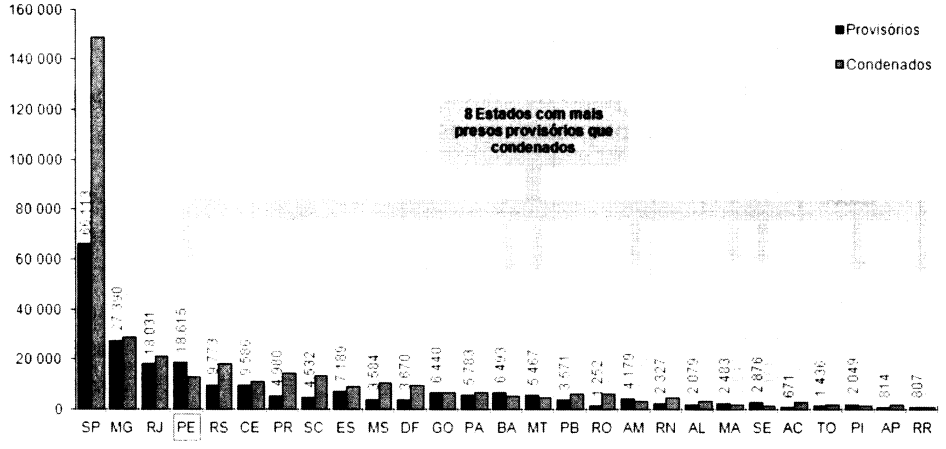
A partir dos dados disponibilizados pelos estados, foi possível mapear, de um lado, que 30% das mulheres presas exercem atividades laborais; de outro lado, apenas 14,3% dos homens têm acesso a atividades desse tipo nos estabelecimentos prisionais (BRASIL, 2015a, p. 33). Os dados indicam que 25,3% das mulheres estão inseridas em atividades educacionais, ao passo que apenas 13,5% dos homens encontram-se nessa situação. Considerando-se os dados integrados, 8,8% das mulheres presas exercem atividade laboral e educativa (BRASIL, 2015a, p. 37).

De acordo com os dados disponibilizados, no primeiro semestre de 2014 foram registradas 566 mortes nas unidades prisionais, metade das quais podem ser consideradas mortes violentas intencionais. Do total, 3% foram mulheres, o que permite constatar a taxa de 8,7 mortes violentas para cada dez mil homens e 1,3 para cada dez mil mulheres presas (BRASIL, 2015a, p. 41).

5. AS REGRAS DAS NAÇÕES UNIDAS E A SITUAÇÃO DOS "PRESOS PROVISÓRIOS" NO BRASIL

Outro grave problema é a precariedade das prisões no sentido jurídico, com o impacto correspondente na qualidade da execução penal do país. Observamos que alguns estados brasileiros apresentam mais presos provisórios do que condenados, como demonstra o gráfico abaixo, que não contempla o número de presos em delegacias:

Gráfico 2 – Quantidade de presos condenados x provisórios por Estado



Fonte: Elaboração própria.

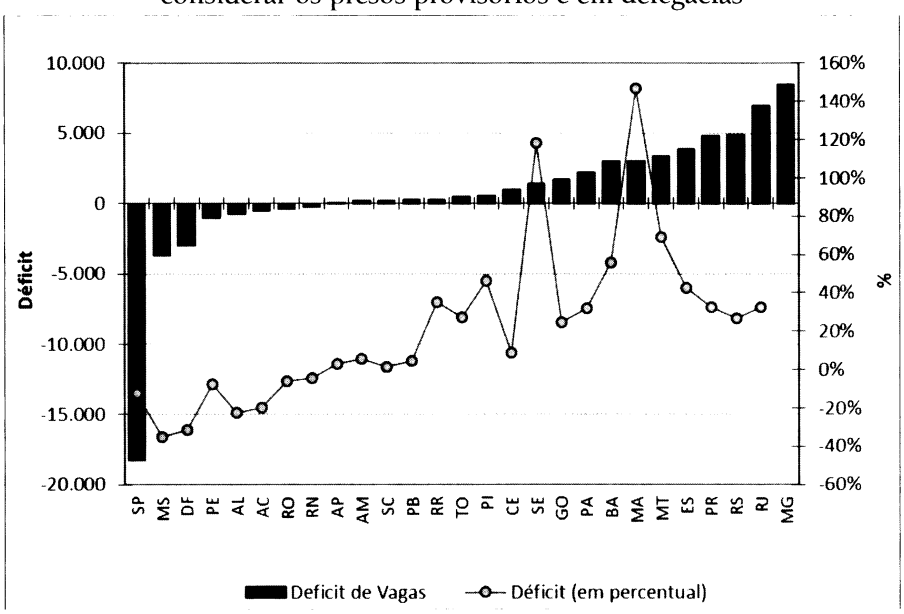
Este dado reafirma o fato de que uma das piores distorções do sistema é a grande quantidade de presos sem julgamento. De acordo com as Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos, os "preventivos não julgados" são presumivelmente inocentes e assim precisam ser tratados, devendo ter regime especial cujas regras são as de n. 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92 e 93. Destacamos aqui as principais: – Os preventivos devem ser mantidos separados dos reclusos condenados;

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016.

– Os preventivos dormirão em quartos separados sob reserva de diferente costume local relativo ao clima; – Será sempre dada ao preso preventivo a oportunidade para trabalhar, mas não lhe será exigido trabalhar. Se optar por trabalhar, será remunerado; – O preventivo deve ser autorizado a informar imediatamente a sua família da detenção e devem ser-lhe dadas todas as facilidades razoáveis para comunicar com a sua família e amigos e para receber as suas visitas sob reserva apenas das restrições e supervisão necessárias aos interesses da administração da justiça e à segurança e boa ordem do estabelecimento; – Para efeitos de defesa, o preventivo deve ser autorizado a pedir a designação de um defensor, onde tal assistência exista, e a receber visitas do seu advogado com vista à sua defesa, bem como a preparar e entregar-lhe instruções confidenciais. Para estes efeitos ser-lhe-á dado, se assim o desejar, material de escrita. As entrevistas entre o recluso e o seu advogado podem ser vistas, mas não ouvidas por um funcionário da polícia ou do estabelecimento.

Observamos que, se excluímos os presos provisórios do cálculo do déficit de vagas no sistema prisional, sobram vagas em 19 estados brasileiros, além dos estabelecimentos da União, restando apenas 8 Unidades da Federação nas quais o número de presos condenados excede o número de vagas das penitenciárias (gráfico 3).

Gráfico 3 – Déficit de vagas no Sistema Penitenciário por Estado, sem considerar os presos provisórios e em delegacias



Fonte: Elaboração própria.

Tabela 1 – Déficit de vagas no Sistema Penitenciário por Estado, sem considerar os presos provisórios

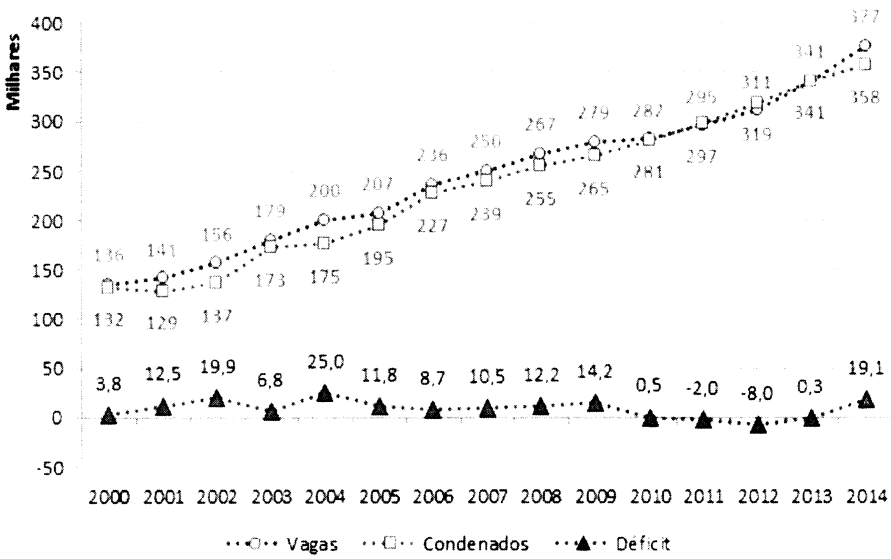
UF	Vagas	Presos condenados	Déficit	Déficit (%)
SP	130.449	148.730	-18.281	-12%
MS	6.902	10.619	-3.717	-35%
DF	6.605	9.599	-2.994	-31%
PE	11.894	12.895	-1.001	-8%
AL	2.589	3.344	-755	-23%
AC	2.258	2.817	-559	-20%
RO	5.996	6.379	-383	-6%
RN	4.502	4.720	-218	-5%
AP	1.898	1.840	58	3%
AM	3.385	3.199	186	6%
SC	13.596	13.382	214	2%
PB	6.298	6.025	273	5%
RR	1.080	798	282	35%
TO	2.284	1.797	487	27%
PI	1.718	1.175	543	46%
CE	11.790	10.830	960	9%
SE	2.579	1.181	1.398	118%
GO	8.491	6.804	1.687	25%
PA	9.021	6.821	2.200	32%
BA	8.321	5.343	2.978	56%
MA	5.049	2.047	3.002	147%
MT	8.264	4.890	3.374	69%
ES	12.905	9.045	3.860	43%
PR	19.300	14.531	4.769	33%
RS	23.165	18.286	4.879	27%
RJ	28.230	21.290	6.940	33%
MG	37.323	28.846	8.477	29%
União	799	312	487	156%
Total	**376.691**	**357.545**	**19.146**	**5%**

Fonte: Elaboração própria.

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016.

Conforme o gráfico 4, apesar de os sucessivos acréscimos nos quantitativos de vagas no sistema prisional, o número de condenados não para de crescer, sendo que ambos os valores registraram alta de aproximadamente 40% nos últimos 15 anos. Dessa forma, observa-se que a série histórica da diferença entre o número de vagas e o número de presos, apesar de algumas oscilações, tem se mantido relativamente estável ao longo da série histórica, apresentando uma sobra de 10 a 20 mil vagas, se retirados os presos provisórios do sistema. Os resultados mais preocupantes podem ser observados entre os anos 2010 a 2013, sendo que em 2011 e 2012 somente os presos condenados, sem os provisórios, já ensejariam o déficit de vagas.

Gráfico 4 – Série histórica dos presos condenados, vagas no sistema penitenciário e déficit de vagas, sem considerar os presos provisórios e em delegacias



Fonte: Elaboração própria.

6. O CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

O problema do excesso punitivo não atinge somente o universo prisional masculino e feminino. Também é muito preocupante, sobre todos os aspectos, a situação das pessoas submetidas a medidas de segurança. Apesar da Reforma Penal de 1984, que eliminou do texto da lei os Manicômios Judiciários, trans-

formando-os em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs), e da Reforma Psiquiátrica de 2001 (Lei 10.216), que definiu direitos e anunciou uma perspectiva mais respeitosa de tratamento para as pessoas acometidas de problemas de saúde mental, não se pode negar que os manicômios judiciários continuam existindo e que os direitos definidos na referida lei não estão garantidos para as pessoas submetidas a medidas de segurança. Esta conclusão advém das análises dos dados contidos no último levantamento de que se tem notícia, realizado no ano de 2015.

O relatório se chama justamente "Inspeção aos Manicômios – Relatório Brasil 2015" – e foi realizado pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP) em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde (Ampasa). Foram efetuadas inspeções em pelo menos um estabelecimento considerado representativo pelos conselhos regionais em 18 unidades da federação. As respostas ao questionário utilizado nem sempre foram completas e consistentes, nem mesmo no que se refere ao número geral de pessoas internadas e suas características, ainda mais se confrontados os dados de outras fontes. Enquanto o Infopen 2014, que é nacional, apresenta o quantitativo de 2.497 pessoas em medida de segurança internação (para 2.666 vagas), o relatório do Conselho Federal de Psicologia 2015 apresenta, para 18 unidades da federação, um número maior, de 2.864 presos/pacientes. Em 2011 o Censo dos Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico apontava para um total de 3.989 pessoas, sendo que destas 2.839 (71%) cumpriam medida de segurança, 117 (3%) tinham tido sua pena convertida em medida de segurança e havia 1.033 pessoas (26%) em situação considerada temporária, ou seja, aguardando laudos psiquiátricos ou com laudo aguardando decisão judicial. (DINIZ, 2013, p. 35). Não temos motivos para acreditar, diante dos dados complementares a este quadro que serão apresentados na sequência, que de 2011 até agora tenha havido uma redução de mais de 1/3 dos internos.

A superlotação que constatamos no sistema de execução das penas também já é considerada problema para o cumprimento de medidas de segurança em pelo menos 7 manicômios, segundo Virgílio de Mattos e Rodrigo Tôrres de Oliveira, variando de 110% a 410% nestes casos. (CFP, 2015, p. 16). O caso mais grave é o do Estado do Maranhão – Hospital Nina Rodrigues – "onde para cada vaga há quatro internos". (CFP, 2015, p. 95).

Contudo, os maiores problemas parecem residir na infraestrutura das instituições existentes (higiene e acomodações péssimas) e no atendimento rea-

lizado, visto que mais da metade dos funcionários é de agentes de segurança – 611 de um total de 1.131 trabalhadores. Somente 45 são psicólogos e só três estados da federação disponibilizam atendimento jurídico – Bahia, Pernambuco e Rio Grande do Sul. (CFP, 2015, p. 17).

A composição do corpo de profissionais envolvida na execução das medidas de segurança certamente impacta nas garantias de direitos, visto que se trata de pessoas em conflito com a lei, muitas delas em internação provisória, várias aguardando exames, inclusive toxicológico, outras que foram transferidas em razão de incidentes de insanidade no curso da execução de suas penas e outras ainda que foram transferidas para tais instituições ou alas a título de castigo ou retaliação devido a problemas no lugar onde cumpria pena (CFP, 2015, p. 130).

Sobre as internações provisórias, Sílvia Tedesco avalia que a situação atual é consequência da Lei 12.403/2011 (Novas Medidas Cautelares), que permite em seu art. 319, VII, a internação provisória no caso de "crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do CP) e houver risco de reiteração". No entanto, a autora citada também pondera que os dados gerais coletados nas instituições vistoriadas sobre os tipos de crimes praticados pelos internos apontam para apenas 12% de crimes mais graves, sendo que 47% dos crimes praticados são de menor potencial ofensivo, embora haja um alto percentual de ausência de respostas a este item. Entende-se, portanto, que há uma séria contradição na estrutura interna do sistema penal no que tange à medida de segurança de internação, pois se supõem que estes 47% deveriam estar em tratamento ambulatorial. De qualquer modo, assusta o fato de que já é maior o número de pessoas internadas para exames (41%) se comparado ao número de pacientes permanentes (35%). (CFP, 2015, p. 137).

O problema das drogas parece ter agravado o andamento dos exames de sanidade mental, com as internações compulsórias e as solicitações de exames toxicológicos para averiguação da responsabilidade penal, segundo Tania Kolker, que também alerta para a crescente conversão das prisões provisórias em internações cautelares (CFP, 2015, p. 130). Além disso, há informação de que apenas 18% das instituições cumpre a periodicidade *mínima* dos exames de sanidade (CFP, 2015, p. 120).

É muito difícil que relatórios como esses tragam informações sobre tortura, pois as visitas são acompanhadas por funcionários, apesar da orientação aos membros das equipes de inspeção para circularem sozinhos e terem conversas

reservadas com os internos. Em geral, as violações são descritas como maus-tratos (12% num universo em que 47% dos questionários ficaram sem resposta para este item) e o tipo de ocorrência que mais se aproxima de problemas extremados está descrito no parágrafo que segue:

> (...) foi citado, em duas unidades, o uso de taser com pacientes em crise; sendo que, em um desses estabelecimentos, foi encontrado um paciente que já estaria isolado há cerca de três meses, período em que sua cela só teria sido limpa duas vezes, em que o paciente teria se queixado de problemas de saúde sem ter sido conduzido a um médico. Ainda nesse estabelecimento houve relatos explícitos de maus tratos por parte dos agentes penitenciários e de ameaça por parte de um dos psiquiatras, que segundo denúncia de pacientes teria dito que se eles continuassem perguntando sobre seu tempo nesta unidade, ou os deixaria ainda mais um ano, ou os deixaria no isolamento. Por último, como era de se esperar, também foi mencionado o uso excessivo de medicação e a falta de acesso à assistência médica também apareceu em outros relatos. (CFP, 2015, p. 135).

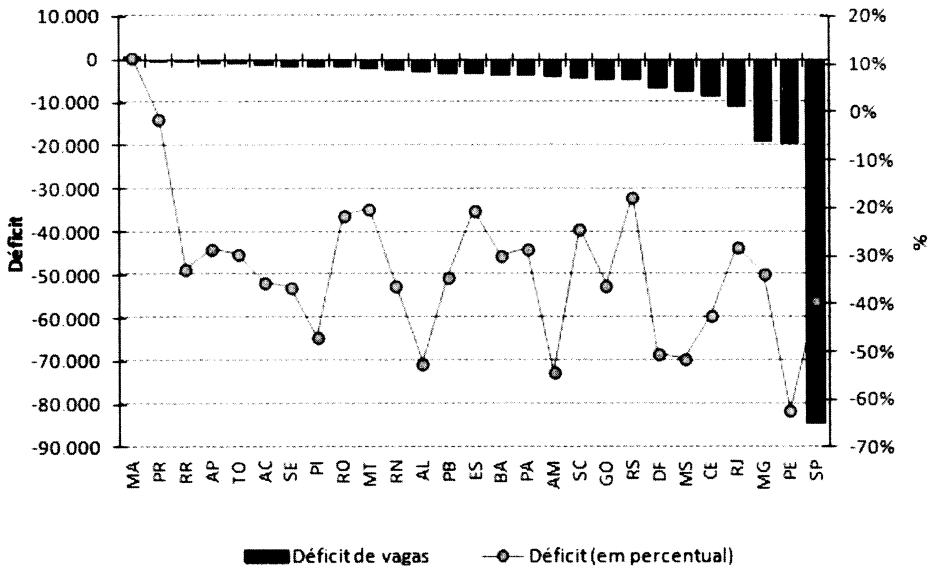
7. Uma proposta para definir critérios para a ação

O problema mais comum que os relatórios internos e internacionais apresentam no que se refere ao problema prisional no Brasil é a superlotação. Sendo assim, e com o intuito de identificar as unidades federativas prioritárias para a realização de ações visando resolver pelo menos uma parte dos problemas citados, optamos por fazer um *ranking* com o objetivo de verificar estatisticamente quais estados apresentam as situações consideradas mais críticas dentro do sistema carcerário. Levamos em consideração apenas os dados referentes à população masculina encarcerada em estabelecimentos prisionais para imputáveis, pois os dados, neste caso, já são coletados há mais tempo, ao contrário do que se percebe no caso das mulheres, e são considerados mais consistentes do que aqueles referentes às pessoas em medida de segurança.

O *ranking* foi feito sob a análise de quatro aspectos: a. o déficit de vagas (em termos relativos) dado pela variação percentual entre o número de presos e o número de vagas dentro dos presídios; b. a quantidade de presos para cada cem mil habitantes; c. a relação percentual entre a quantidade de presos provisórios e o total de presos; d. a identificação dos estados onde estão os piores presídios do Brasil.

a. As informações de déficit de vagas foram extraídas do sistema Infopen, disponível no site do Ministério da Justiça, referentes a julho de 2014. O cômputo do déficit não considera os presos em delegacias, mas somente os que estão situados nos presídios e inclui todos os tipos de sistema: fechado, semiaberto, aberto, medida de segurança internação, medida de segurança tratamento e cautelar (provisório). Conforme o gráfico 5 apresentado a seguir, por este critério destaca-se especialmente o estado de Pernambuco, com um déficit de vagas em torno de 60%, seguido dos estados de Amazonas, Alagoas, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e Piauí, com déficits na casa dos 50%. O estado de São Paulo tem o maior número em números absolutos, mas também é um dos estados mais populosos e com um grande número de instituições prisionais.

Gráfico 5 – Déficit de vagas no Sistema Penitenciário por Estado, considerando os presos provisórios no sistema penitenciário



Fonte: Elaboração própria.

Tabela 2 – Déficit de vagas no Sistema Penitenciário por Estado, considerando os presos provisórios no sistema penitenciário

UF	Vagas	Presos condenados	Déficit	Déficit (%)
MA	5.049	4.530	519	11%
PR	19.300	19.511	-211	-1%

UF	Vagas	Presos condenados	Déficit	Déficit (%)
RR	1.080	1.605	-525	-33%
AP	1.898	2.654	-756	-28%
TO	2.284	3.233	-949	-29%
AC	2.258	3.488	-1.230	-35%
SE	2.579	4.057	-1.478	-36%
PI	1.718	3.224	-1.506	-47%
RO	5.996	7.631	-1.635	-21%
MT	8.264	10.357	-2.093	-20%
RN	4.502	7.047	-2.545	-36%
AL	2.589	5.423	-2.834	-52%
PB	6.298	9.596	-3.298	-34%
ES	12.905	16.234	-3.329	-21%
BA	8.321	11.836	-3.515	-30%
PA	9.021	12.604	-3.583	-28%
AM	3.385	7.378	-3.993	-54%
SC	13.596	17.914	-4.318	-24%
GO	8.491	13.244	-4.753	-36%
RS	23.165	28.059	-4.894	-17%
DF	6.605	13.269	-6.664	-50%
MS	6.902	14.203	-7.301	-51%
CE	11.790	20.416	-8.626	-42%
RJ	28.230	39.321	-11.091	-28%
MG	37.323	56.236	-18.913	-34%
PE	11.894	31.510	-19.616	-62%
SP	130.449	214.843	-84.394	-39%
União	799	364	435	120%
Total	**376.691**	**579.787**	**-203.096**	**-35%**

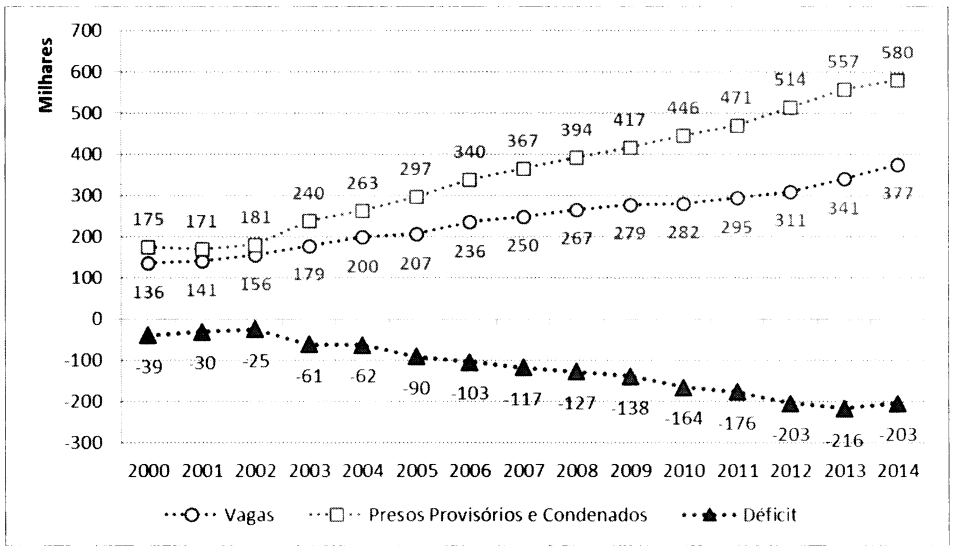
Fonte: Elaboração própria.

O gráfico 6 demonstra a situação preocupante nos presídios brasileiros. O déficit de vagas que era de 39 mil no ano de 2000, após 15 anos, atingiu o patamar de 203 mil no ano de 2014, o que representou acréscimo de 417% no pe-

Zackseski, Cristina; Machado, Bruno Amaral; Azevedo, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016.

ríodo. Comparando-se com o gráfico 5 apresentado anteriormente, constata-se que o maior problema está em relação ao aumento no número de presos provisórios, pois o déficit de vagas sem os provisórios permaneceu relativamente equilibrado ao longo da série histórica, enquanto, ao contrário, nesta análise, o déficit de vagas tem aumentado a cada ano.

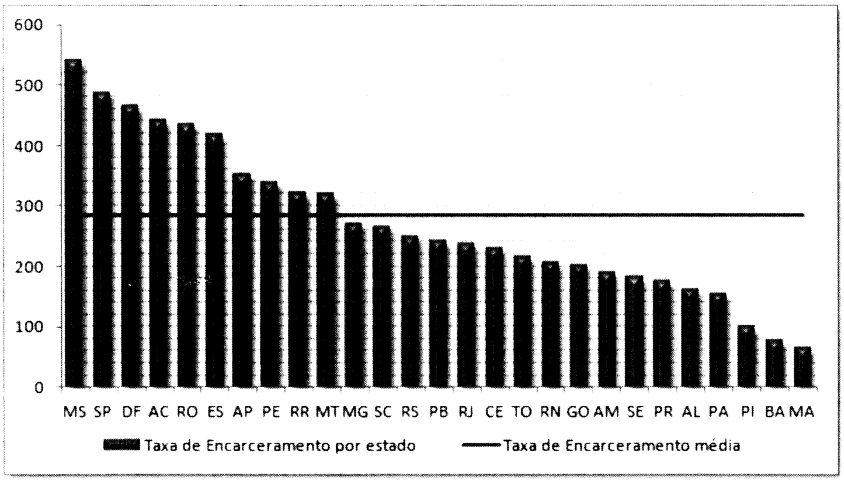
Gráfico 6 – Série histórica dos presos condenados, vagas no sistema penitenciário e déficit de vagas, considerando os presos condenados e provisórios



Fonte: Elaboração própria.

b. A quantidade de presos para cada cem mil habitantes, também retirada do relatório do Infopen, indica 17 unidades federativas com taxa de encarceramento acima da média, e apenas 10 abaixo. Essa simples análise permite concluir que a elevada taxa de encarceramento nacional é significativamente influenciada pelas práticas de apenas alguns estados, notadamente, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Distrito Federal, Acre, Rondônia e Espírito Santo, todos esses com índice superior a 400 presos por cem mil habitantes. O fato de São Paulo abarcar 22% da população brasileira e 37% da população prisional, certamente influencia nesta significativa taxa nacional. Outros estados que merecem destaque são Amapá, Pernambuco, Roraima e Mato Grosso, todos eles com mais de 300 presos por cem mil habitantes.

Gráfico 7 – Taxa de encarceramento por Estado: número de presos por cem mil habitantes



Fonte: Elaboração própria.

Tabela 3 – Taxa de encarceramento por Estado: número de presos por cem mil habitantes

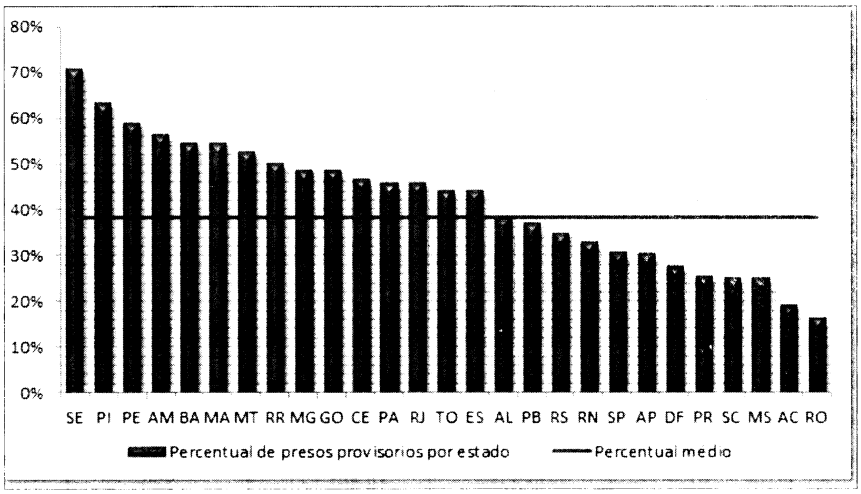
UF	Presos	População	Taxa de encarceramento
MS	14.203	2.619.657	542
SP	214.843	44.035.304	488
DF	13.269	2.852.372	465
AC	3.488	790.101	441
RO	7.631	1.748.531	436
ES	16.234	3.885.049	418
AP	2.654	750.912	353
PE	31.510	9.277.727	340
RR	1.605	496.936	323
MT	10.357	3.224.357	321
MG	56.236	20.734.097	271
SC	17.914	6.727.148	266
RS	28.059	11.207.274	250
PB	9.596	3.943.885	243
RJ	39.321	16.461.173	239
CE	20.416	8.842.791	231

UF	Presos	População	Taxa de encarceramento
TO	3.233	1.496.880	216
RN	7.047	3.408.510	207
GO	13.244	6.523.222	203
AM	7.378	3.873.743	190
SE	4.057	2.219.574	183
PR	19.511	11.081.692	176
AL	5.423	3.321.730	163
PA	12.604	8.063.393	156
PI	3.224	3.194.718	101
BA	11.836	15.126.371	78
MA	4.530	6.850.884	66
União	364	202.758.031	0
Total	**579.787**	**202.758.031**	**286**

Fonte: Elaboração própria.

c. Quanto ao percentual de presos provisórios, destacamos especialmente os estados de Sergipe, Piauí e Pernambuco, mas estão acima da média nacional outros 12 estados, sendo, portanto, 15 ao todo os estados com grande população prisional composta de pessoas sem julgamento.

Gráfico 8 – Número de presos provisórios sobre o total de presos do sistema penitenciário em cada Estado



Fonte: Elaboração própria.

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016.

Tabela 4 – Percentual de presos provisórios em cada estado

UF	Total de presos	Presos provisórios	Percentual de provisórios
SE	4.057	2.876	70,9%
PI	3.224	2.049	63,6%
PE	31.510	18.615	59,1%
AM	7.378	4.179	56,6%
BA	11.836	6.493	54,9%
MA	4.530	2.483	54,8%
MT	10.357	5.467	52,8%
RR	1.605	807	50,3%
MG	56.236	27.390	48,7%
GO	13.244	6.440	48,6%
CE	20.416	9.586	47,0%
PA	12.604	5.783	45,9%
RJ	39.321	18.031	45,9%
TO	3.233	1.436	44,4%
ES	16.234	7.189	44,3%
AL	5.423	2.079	38,3%
PB	9.596	3.571	37,2%
RS	28.059	9.773	34,8%
RN	7.047	2.327	33,0%
SP	214.843	66.113	30,8%
AP	2.654	814	30,7%
DF	13.269	3.670	27,7%
PR	19.511	4.980	25,5%
SC	17.914	4.532	25,3%
MS	14.203	3.584	25,2%
AC	3.488	671	19,2%
RO	7.631	1.252	16,4%
União	364	52	14,3%
Total	**579.787**	**222.242**	**38,3%**

Fonte: Elaboração própria.

d. A última variável inserida no modelo diz respeito aos piores presídios do Brasil. Segundo dados apurados no Relatório da CPI do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados 2015 (p. 42), os cinco piores presídios do país são, nesta ordem: o Presídio Central de Porto Alegre (RS), a Colônia Penal Agrícola de Mato Grosso do Sul (MS), o Presídio Aníbal Bruno do Recife (PE), o Presídio Lemos de Brito de Salvador (BA) e o Centro de Detenção de Pinhei-

ros (SP). Contudo, esta lista aparece num anexo do Relatório,[8] sem que haja qualquer fundamentação sobre os critérios utilizados para sua confecção, ao contrário do Relatório da CPI de 2008, que chegou a uma lista de 10 presídios em piores condições, combinando os seguintes fatores: superlotação, insalubridade, arquitetura prisional, ressocialização por meio do Estado e do trabalho, assistência médica e maus-tratos.[9] Sendo assim, utilizamos outras fontes para a composição de uma nova lista dos piores presídios. Chegamos a uma lista com nove presídios em piores condições utilizando notícias e relatórios de instituições que se ocupam de avaliar esta situação no país, como a Pastoral Carcerária, o Conselho Nacional de Justiça e a ONG Justiça Global. Sendo assim, completamos a lista dos piores presídios da CPI 2015 com as seguintes instituições prisionais: Penitenciária de Urso Branco (RO), Cadeia Vidal Pessoa (AM), Complexo Prisional de Pedrinhas (MA) e Centro de Detenção Provisória de Osasco (SP). Esta lista ficaria facilmente com 10 instituições prisionais se o Instituto Masculino Paulo Sarasate (CE) não tivesse sido fechado em 2013. Os nove piores presídios estão, portanto, localizados nos estados de São Paulo (2), Amazonas, Bahia, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Rondônia e Rio Grande do Sul.

Como já dissemos na introdução deste trabalho, a fim de consolidar todos os dados acima apresentados, utilizamos técnica de análise estatística chamada de Análise de Componentes Principais, que tem por objetivo transformar as três variáveis em apenas duas, que são combinações lineares das demais, de tal forma que seja possível criar uma pontuação (fatores) por estado e, consequentemente, um *ranking* de prioridade.

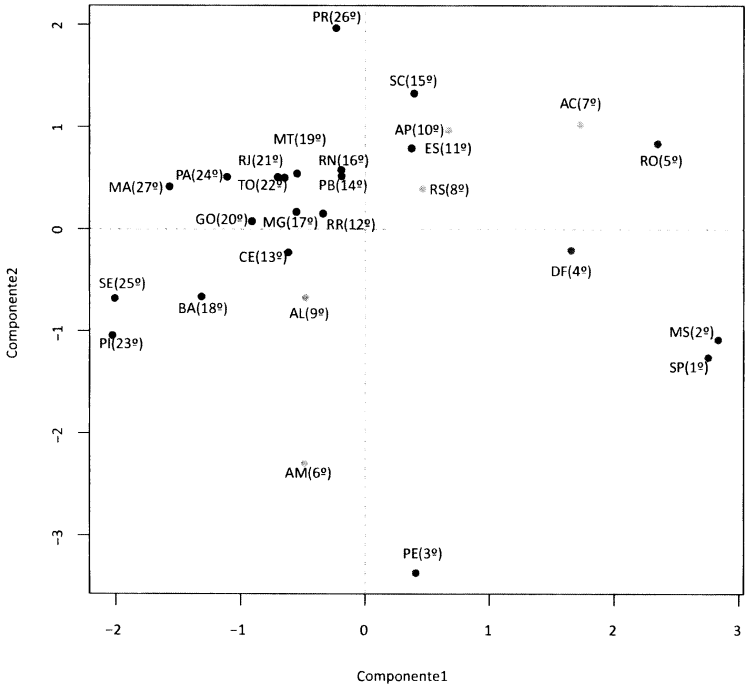
---

8. Trata-se de um requerimento formulado pelo Deputado Waldir (PMDB – GO) aprovado em abril de 2015 para que missão oficial a ser realizada por membros da comissão que trabalhou na CPI "estude e avalie a evolução dos sistemas prisionais por vários ângulos". Segue-se ao requerimento uma lista dos 5 piores presídios, dos 5 melhores e dos 3 melhores presídios do mundo.

9. A lista seria a seguinte, com bem mais de 10 instituições, pois alguns postos são ocupados por mais de uma: 1.º – Presídio Central de Porto Alegre/RS, 2.º – Colônia Agrícola de Campo Grande/MS, 3.º – Distrito Policial de Contagem (BH) e Delegacias de Valparaíso (Goiás); 52.º DP, em Nova Iguaçu, e 53.º DP, em Mesquita, no Rio de Janeiro, 4.º – Presídio Lemos de Brito, em Salvador (BA); Vicente Piragibe, no Rio de Janeiro; Presídio Aníbal Bruno, no Recife (PE) e Penitenciária Masculina Dr. José Mário Alves da Silva, o "Urso Branco", de Porto Velho (RO) e Complexo Policial de Barreiras (BA), 5.º – Centro de Detenção Provisória de Pinheiros (SP), 6.º – Instituto Masculino Paulo Sarasate – Fortaleza (CE), 7.º – Penitenciária Feminina Bom Pastor – Pernambuco, 8.º – Penitenciária Feminina de Santa Catarina, 9.º – Casa de Custódia Masculina do Piauí, 10.º – Casa de Detenção Masculina SEJUC – Maranhão.

No Gráfico 9 apresentado a seguir, estão destacados em vermelho os cinco estados prioritários, a saber: São Paulo, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Distrito Federal e Rondônia, pois combinam valores mais altos nos indicadores anteriormente apresentados do que os demais. Ocupam da 6.ª a 10.ª posição os estados de Amazonas, Acre, Rio Grande do Sul, Alagoas e Amapá. A localidade com melhor condição prisional, segundo os critérios analisados, é o Maranhão, que decorre do fato de este estado apresentar a menor taxa de encarceramento nacional (66 presos por cem mil habitantes) e ser o único em que não existe déficit de vagas, ao contrário, cerca de 11% das 5.049 vagas existentes nos presídios estão desocupadas. Apesar disso, esta situação está longe de ser a ideal, pois o estado apresenta elevado índice de presos provisórios e tem um dos piores presídios do país.

Gráfico 9 – Classificação dos Estados de acordo com o sistema penitenciário



Fonte: Elaboração própria.

Em estudo semelhante, realizado em 2008 (ZACKSESKI, 2011), as prioridades eram os estados de Roraima e do Rio de Janeiro, seguidos de Alagoas, Piauí e Bahia e do grupo com Rondônia, Acre, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul (nesta ordem). Houve uma mudança na ordem de prioridades desde aquela data até hoje, cuja razão ainda não pudemos identificar.

A atual ordem de gravidade da situação prisional por estado, bem como os dados utilizados estão dispostos na tabela a seguir:

Tabela 5 – Análise do perfil carcerário por Estado

UF	Prioridade	Nº Presos Sistema Fechado	Nº Presos Sistema Semi-Aberto	Nº Presos Sistema Aberto	Nº Presos Med. Seg. Internação	Nº Presos Med. Seg. Tratamento	Provisórios	Nº Presos Total	Nº Vagas	Déficit (Presos x Vagas)	% Déficit	Taxa de Encarce-ramento	% Provisórios x Presos	Os 9 Piores Presídios
SP São Paulo	1º	117.129	30.480	33	1.076	12	66.113	214.843	130.449	-84.394	-39%	487.9	31%	2
MS Mato Grosso do Sul	2º	7.181	1.987	1.412	24	15	3.584	14.203	6.902	-7.301	-51%	542.2	25%	1
PE Pernambuco	3º	9.090	3.718	87	0	0	18.615	31.510	11.894	-19.616	-62%	339.6	59%	1
DF Distrito Federal	4º	6.198	3.322	0	79	0	3.670	13.269	6.605	-6.664	-50%	465.2	28%	0
RO Rondônia	5º	3.401	1.142	1.807	14	15	1.252	7.631	5.996	-1.635	-21%	436.4	16%	1
AM Amazonas	6º	1.662	880	653	4	0	4.179	7.378	3.385	-3.993	-54%	190.5	57%	1
AC Acre	7º	2.186	624	2	3	2	671	3.488	2.258	-1.230	-35%	441.5	19%	0
RS Rio Grande do Sul	8º	10.171	6.265	1.758	62	30	9.773	28.059	23.165	-4.894	-17%	250.4	35%	1
AL Alagoas	9º	1.227	1.174	904	39	0	2.079	5.423	2.589	-2.834	-52%	163.3	38%	0
AP Amapá	10º	1.126	660	36	17	1	814	2.654	1.898	-756	-28%	353.4	31%	0
ES Espírito Santo	11º	6.025	2.927	28	63	2	7.189	16.234	12.905	-3.329	-21%	417.9	44%	0
RR Roraima	12º	401	163	234	0	0	807	1.605	1.080	-525	-33%	323.0	50%	0
CE Ceará	13º	4.621	3.405	2.695	81	28	9.586	20.416	11.790	-8.626	-42%	230.9	47%	0
PB Paraíba	14º	4.270	1.118	553	44	40	3.571	9.596	6.298	-3.298	-34%	243.3	37%	0
SC Santa Catarina	15º	7.473	3.866	1.948	94	1	4.532	17.914	13.596	-4.318	-24%	266.3	25%	0
RN Rio Grande do Norte	16º	3.128	945	565	44	38	2.327	7.047	4.502	-2.545	-36%	206.7	33%	0
MG Minas Gerais	17º	19.642	7.836	1.184	174	10	27.390	56.236	37.323	-18.913	-34%	271.2	49%	0
BA Bahia	18º	3.221	2.037	36	49	0	6.493	11.836	8.321	-3.515	-30%	78.2	55%	1
MT Mato Grosso	19º	4.147	671	49	22	1	5.467	10.357	8.264	-2.093	-20%	321.2	53%	0
GO Goiás	20º	4.539	1.741	494	29	1	6.440	13.244	8.491	-4.753	-36%	203.0	49%	0
RJ Rio de Janeiro	21º	12.209	8.613	250	55	163	18.031	39.321	28.230	-11.091	-28%	238.9	46%	0
TO Tocantins	22º	1.334	418	33	12	0	1.436	3.233	2.284	-949	-29%	216.0	44%	0
PI Piauí	23º	728	332	94	21	0	2.049	3.224	1.718	-1.506	-47%	100.9	64%	0
PA Pará	24º	5.360	1.338	0	123	0	5.783	12.604	9.021	-3.583	-28%	156.3	46%	0
SE Sergipe	25º	955	129	57	40	0	2.876	4.057	2.579	-1.478	-36%	182.8	71%	0
PR Paraná	26º	11.046	3.128	29	327	1	4.980	19.511	19.300	-211	-1%	176.1	26%	0
MA Maranhão	27º	1.231	720	95	1	0	2.483	4.530	5.049	519	11%	66.1	55%	1
União		312	0	0	0	0	52	364	799	435	120%	0.2	14%	0
Total		**250.013**	**89.639**	**15.036**	**2.497**	**360**	**222.242**	**579.787**	**376.691**	**-203.096**	**-35.0%**	**286.0**	**38%**	**9**

Fonte: Elaboração própria.

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016.

8. CONCLUSÕES

Não é de hoje que sabemos que são graves as distorções na prática das execuções penais no Brasil, mas neste trabalho procuramos pontuar alguns fatores que podem ser utilizados no planejamento de ações com vistas a resolver este velho problema, de forma que esta área não permaneça numa situação que ultrapassa "padrões máximos de irracionalidade" (ZAFFARONI, 1991, p. 234).

Sabemos, contudo, que os dados analisados são dados oficiais, nem sempre confiáveis, e que muitas vezes não dizem tudo o que é preciso sobre os diversos contextos estaduais.[10] O Estado do Espírito Santo, por exemplo, apresenta-se estatisticamente como sendo de baixa prioridade, mas o relatório de inspeção do Conselho de Política Criminal e Penitenciária de 2009, por exemplo, já registrava o cumprimento de pena em *containers*, significando que a existência ou não de vaga por si só não atende condições mínimas de cumprimento de pena estabelecidas nacional e internacionalmente.

Outra situação que não está imediatamente visível é a relação entre a política de segurança, como é o caso das políticas de intolerância, ou mesmo da política judiciária, como o estabelecimento de metas, com a situação prisional. De acordo com o Relatório de 2015 da *Human Rights Watch*, específico sobre a situação de Pernambuco, um dos fatores que contribuiu para a superlotação naquele estado foi a implantação de uma política de segurança pública que abriu o primeiro filtro do sistema em 2007 – o Pacto Pela Vida.[11] Este é um

10. Observamos muitas inconsistências no Relatório do Infopen 2015 no tocante aos estados de Roraima, Piauí, Sergipe e São Paulo.

11. "Naquele ano, o então governador Eduardo Campos lançava o Pacto Pela Vida, um programa que buscava estabelecer uma melhor coordenação entre as polícias civis e militar, promotores, defensores públicos e representantes dos três poderes do estado. O programa fortaleceu a polícia, com incremento de pessoal e equipamentos e estabeleceu bonificações financeiras a policiais pelo alcance de metas relacionadas à apreensão de drogas e armas, execução de mandados de prisão e diminuição de taxas de criminalidade, o que funcionou como incentivo para que a polícia promovesse mais detenções e maior encarceramento.
O número de pessoas presas em Pernambuco aumentou 68% desde a implementação do Pacto pela Vida, ao final de 2007, enquanto a capacidade penitenciária aumentou apenas 26 por cento. Um resultado não previsto no Pacto Pela Vida, portanto, foi o agravamento da já severa superlotação das prisões pernambucanas. Antes do lançamento do programa, eles abrigavam o dobro do número de presos para sua capacidade; desde então passaram a abrigar o triplo." (HRW, 2015, p. 10)

alerta importante, porque o mesmo tipo de política foi implantada na Bahia (FREITAS, 2015) e está sendo implantada no Distrito Federal.

No caso de São Paulo, a situação crítica já se arrasta por décadas, sendo muito preocupantes dois fatos principais relacionados ao caos penitenciário paulista – a criação de facções criminosas (especialmente o PCC) e as inúmeras rebeliões. A Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa de São Paulo destaca entre as causas das rebeliões justamente a falta de observância às regras nacionais e internacionais para a população reclusa, tais como: "a falta de assistência jurídica, as condições desumanas e a tortura (IHRC, 2011, p. 11). Estas últimas, combinadas com a superlotação, seriam responsáveis pela criação da referida facção criminosa. Contudo, o evento que mais se destacou no que se refere ao sistema prisional paulista foi o que ficou conhecido como o Maio Sangrento de 2006, que contém três aspectos da violência daquele estado: a corrupção dos agentes públicos; a violência policial; a falência do sistema prisional. Houve uma megarrebelião que envolveu 74 unidades prisionais no estado entre os dias 12 e 15 de maio de 2006,[12] sendo que as mortes seguiram ocorrendo até o dia 20 daquele mês (IHRC, 2011, p. 22). Para além dos números, impressiona a forma com que ocorreram e cessaram as rebeliões. A ação rápida e orquestrada surpreendeu, pois nunca houve uma demonstração de força e articulação como esta na história do sistema penitenciário nacional; o término foi igualmente surpreendente, chegando até mesmo a levantar suspeita sobre um possível acordo entre o Governo de São Paulo e o PCC.[13]

A ordem dada pelo PCC – o chamado "Salve Geral" – em 12 de maio de 2006 para o início de ataques no Estado teria sido decorrente de um esquema de achaques (extorsão), praticados contra familiares de líderes do PCC em

12. As unidades em que ocorreram as rebeliões estavam com um grau de superlotação de 147% em 2006. Em 2011 já apresentavam 195% segundo dados da Secretaria de Administração Penitenciária. (IHRC, 2011, p. 12)

13. "As rebeliões aconteceram em ondas de adesão, evidenciando o impressionante poder de mando e articulação da facção no sistema em que corrupção, condições desumanas, falta de assistência jurídica e torturas têm ajudado a fortalecer o PCC. A suspensão quase simultânea das dezenas de rebeliões levantou forte suspeita de que o governo teria feito um acordo de teor desconhecido com o PCC. As autoridades estatais nunca negaram que houve um encontro (ou 'conversa') com o suposto líder da facção." (IHRC, 2011, p. 27)

2005.[14] Estes casos, quando descobertos, não foram devidamente investigados pela Polícia Civil. Ocorreram 493 mortes – por arma de fogo – entre os dias 12 e 20 de maio de 2006 em todo o Estado de São Paulo (IHRC, 2011, p. 22). Destas mortes, os pesquisadores da *International Human Rights Clinic* e a Justiça Global acreditam que 122 tenham sido execuções com a participação de policiais. (IHRC, 2011, p. 3).[15] Esse caso de violência que excede os limites físicos das prisões é um exemplo da interseção entre as várias instituições que compõem o sistema penal e de como as distorções de uma acabam implicando em danos colaterais, em prejuízo da sociedade inteira, alimentando um clima de guerra e descontrole que pode produzir cada vez mais respostas violentas.

Contudo, não temos elementos para analisar todas as situações identificadas.[16] Sabemos, no entanto, que o problema não reside apenas no universo masculino. As recentes pesquisas realizadas no sistema prisional brasileiro apontam o crescimento exponencial da população carcerária feminina, fenômeno diretamente associado à política de guerra às drogas. O tráfico de entorpecentes corresponde ao tipo penal que levou ao cárcere 68% das mulheres presas, conforme dados do ano de 2014. Predominam nas prisões as mulheres negras, com baixo nível de escolaridade. As estruturas e espaços são inadequados e não contemplam, em regra, as necessidades das gestantes e mães.

14. "Desde 2005, policiais civis da cidade de Suzano achacavam os líderes do PCC, interceptando ilegalmente as conversas telefônicas de seus familiares e cobrando propina para não os prenderem. Em março de 2005, o enteado de Marcola, Rodrigo Olivatto de Morais, foi sequestrado por policiais civis de Suzano. Ele foi espancado, ameaçado, detido ilegalmente na Delegacia de Suzano e liberado mediante o pagamento de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) de resgate, efetuado pelo dito líder do PCC que, no dia em que se iniciaram os ataques de maio de 2006, avisou no DEIC: '[isso] não vai ficar barato'." (IHRC, 2011, p. 26)

15. "O PCC matou dezenas de agentes públicos, todos de baixo escalão. Geralmente, os funcionários foram surpreendidos em seu horário de folga, nos primeiros dois dias da onda de violência, em razão da falha do governo em alertar devidamente seus policiais e agentes penitenciários sobre o ataque que já havia sido anunciado. Alguns agentes públicos possivelmente foram mortos por pessoas que não pertenciam ao PCC, e que se aproveitaram dos ataques para acobertarem suas ações. (...) A polícia pode até ter matado algumas pessoas em legítima defesa durante os confrontos reais, mas policiais também executaram dezenas de pessoas em ações ilegítimas, tais como 'tiroteios' forjados, após o PCC já ter cessado os ataques coordenados." (IHRC, 2011, p. 27)

16. Sobre a situação de Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e Rondônia, estados classificados como de alta prioridade, ainda não temos informações suficientes para fazer a leitura dos dados apresentados.

Há grande distância entre o disposto na Lei de Execução Penal e a realidade vivenciada no sistema prisional brasileiro.

É importante frisar também que, embora a situação prisional exija estudos e análises cautelosas sobre as providências a ser tomadas, já existem algumas iniciativas importantes em curso que certamente contribuirão para sanar as ilegalidades mais flagrantes e as distorções que provocam os conhecidos e relatados casos de violência. Nesse sentido, o Rio de Janeiro, que era o segundo estado em situação mais grave identificada no estudo que fizemos em 2008, foi o primeiro estado a contar com um mutirão para a revisão de penas cumpridas e/ou progressão de regime. Este trabalho foi realizado no mês de agosto de 2008, tendo sido organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pela Defensoria Pública Geral do Estado e pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Os focos iniciais do trabalho foram o Instituto Penal Plácido Sá Carvalho (Complexo Gericinó) e o Presídio Carlos Tinoco da Fonseca (Campos), tendo sido abrangida uma população carcerária de 2.200 apenados. No último dos quatro mutirões, ocorrido entre setembro e novembro de 2009, foram analisados 3.611 processos e concedida a liberdade a 1.125 condenados.

De qualquer maneira, os dados dos mutirões carcerários promovidos pelo CNJ até agora demonstram a necessidade de revisão das práticas de controle da execução penal no Brasil. Desde o início em 2008 até 20 de janeiro de 2010 foram analisados 95.383 processos em 18 estados da federação, libertadas 18.962 pessoas e concedidos 31.523 benefícios. Nos anos de 2010 e 2011 foram analisados 310 mil processos, sendo concedidos mais de 48 mil benefícios, dentre eles alvarás de soltura, 24.884 liberdades, progressão de pena, trabalho externo etc. (CNJ, 2012, p. 96). Torna-se flagrante, portanto, a necessidade de estrutura e de tecnologia para a otimização deste controle, mas, principalmente, de uma orientação enfática aos Juízes de Execuções Penais para que acompanhem de perto e com maior presteza a situação dos condenados que têm sob sua responsabilidade.

Em todos os planos nacionais de Direitos Humanos e de Segurança Pública que tivemos a partir de 1996 o tema das execuções penais está colocado. Somente a título de exemplo, o Plano Nacional de Direitos Humanos 3, lançado em dezembro de 2009, no segundo mandato do ex-presidente Lula, há uma diretriz (n. 16) na qual estão contidas diversas medidas destinadas à melhoria do sistema penitenciário: – a instituição da obrigatoriedade da oferta de ensino pelos estabelecimentos penais e a remição de pena por estudo; – a possibilidade de elaboração de decretos extraordinários de indulto a condenados por

crimes "sem violência real" que possam significar uma redução substancial da população carcerária brasileira; – a limitação do uso da prisão cautelar (vedação da decretação de prisão preventiva em casos que envolvam crimes com pena máxima inferior a 4 (quatro) anos e estabelecimento de prazo máximo de 81 dias para prisão provisória); – a realização de revisões periódicas processuais dos processos de execução penal da população carcerária.

Algumas destas medidas já se encontram em curso. A Lei 12.403/2011 alterou diversos artigos do Código de Processo Penal, acolhendo a recomendação para vedar a prisão preventiva para réus primários que tenham praticados crimes com pena máxima inferior a 4 (quatro) anos. Assim também há uma recomendação para que o Poder Judiciário e as Defensorias Públicas realizem "mutirões periódicos para análise dos benefícios na execução penal da população encarcerada", mas é preciso que se diga que os mutirões são mecanismos eventuais para situações de urgência, e não processos que devam ser institucionalizados, especialmente se houver a utilização de soluções tecnológicas para o problema do acompanhamento do cumprimento das penas e o investimento em instituições para cumprimento de pena em regimes semiaberto e aberto, permitindo a existência de progressão.

Outro elemento do PNDH-3 sintonizado com as ações do CNJ é a ação destinada à ampliação das campanhas de sensibilização para inclusão social de egressos do sistema prisional, que no CNJ recebeu o nome de Projeto Começar de Novo.[17] Pode-se perceber, portanto, e finalmente, uma preocupação de representantes do poder público com a reinserção social das pessoas que tiveram alguma passagem pelo sistema prisional, visto que a sociedade e o mercado de trabalho não são receptivos, mas ao mesmo tempo devem aceitar que, por enquanto, não existem outras saídas não violentas senão a abertura de possibilidades de inclusão e o desenvolvimento de estratégias preventivas, tanto para os criminalizado quanto para os criminalizáveis.

Além das medidas citadas, também por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, foram introduzidas no Brasil as Audiências de Custódia, no mês de fevereiro de 2015. Seu objetivo declarado é prevenir a tortura e o encarceramento provisório, providenciando o contato das pessoas presas em flagrante com um Juiz nas primeiras 24 horas que se seguem à prisão. Isso não ocorria na sistemática anterior, que ainda é

17. Disponível em: [www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo]. Acesso em: 02 dez. 2015.

a prevista no Código de Processo Penal brasileiro (art. 306),[18] na qual o juiz decidia pela liberdade ou não da pessoa presa a partir do que constava no auto de prisão em flagrante, o que vinha dando margem a abusos e violências contra os presos por parte da polícia (ACAT, 2015), além de limitar o direito à ampla defesa e ao contraditório, contrariando a normativa internacional que prevê que o preso deve ser apresentado sem demora à presença de um juiz. Tais audiências servem, portanto, para que seja garantido o acesso à justiça destas pessoas de forma que possam, tanto por meio de seus defensores quanto por sua própria voz, relatar os fatos ocorridos no momento da prisão e nas primeiras horas que estiveram presos. Somente para exemplificar os efeitos das audiências utilizaremos alguns dados sobre a implantação em São Paulo e no Distrito Federal que indicam efeito desencarcerador em cerca de 50% dos casos nas duas realidades citadas. Em São Paulo as audiências de custódia evitaram que 2.600 pessoas fossem presas entre fevereiro e julho de 2015.[19] No Distrito Federal, que foi a última unidade da Federação a implantá-las, temos um balanço, portanto, de um período mais curto: de 14 a 23 de outubro foram realizadas 288 audiências, sendo que em 164 casos foi concedida a liberdade provisória (54% dos casos). (NAC/TJDF).

Tais iniciativas ainda não são suficientes para reduzir a violência que o próprio sistema penal produz, mas ainda assim são bem-vindas todas as iniciativas capazes de reduzir de alguma forma a violência. Sendo assim, os dados apresentados neste estudo devem ser vistos como um ponto de partida, ou como uma tentativa de se pensar indicadores para atuação política a partir das informações disponíveis.

9. REFERÊNCIAS

AÇÃO DOS CRISTÃOS PARA A ABOLIÇÃO DA TORTURA (ACAT) et. al. (org.). *Julgando a tortura:* Análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010). 2015. Disponível em: [www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando a tortura.pdf]. Acesso em: 24 ago. 2015.

ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança.* Tese de livre-docência. São Paulo: USP, 2006.

18. Está em tramitação o PL 554/2011 do Senado, que altera a lei processual no sentido do que está descrito neste trecho, cuja implementação não aguardou a aprovação do projeto.

19. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80672-aumento-da-populacao-carceraria-de-sp-desacelera-apos-audiencias-de-custodia]. Acesso em: 10 dez. 2015.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2008*: O estado dos direitos humanos no mundo. Disponível em: [www.br.amnesty.org/relatorio2008.shtml]. Acesso em: 25 set. 2008.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe Anual 2009*. Disponível em: [www.br.amnesty.org/?q=node/316]. Acesso em: 30 jan. 2010.

BARCINSKI, Mariana. Protagonismo e vitimização na trajetória de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. *Ciência & saúde coletiva*, v. 14, n. 2, Rio de Janeiro, mar.-abr. 2009. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000200026&lng=pt&nrm=iso] Acesso em 17 nov. 2015.

BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. *A desproporcionalidade da lei de drogas*: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil. Laboratório de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: UFRJ.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Dados consolidados*. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Nacional de Informação Penitenciária. Brasília, 2009.

_____. Ministério de Justiça. INFOPEN Mulheres – junho de 2014. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2015a.

_____. Ministério da Justiça. INFOPEN – Junho de 2014. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. DEPEN – Departamento Penitenciário nacional. Brasília, 2014.

_____. Ministério da Justiça. *Dar à luz na sombra*: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília, 2015b.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário*. Brasília, Junho de 2008.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Inspeções aos manicômios*. Relatório Brasil 2015. Brasília: CFB, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: [www.cnj.jus.br/mutirao_carcerario/relatorio/relatorio_geral.wsp]. Acesso em: 23 jan. 2010.

_____. Disponível em: [www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo]. Acesso em: 02 dez. 2015.

_____. Aumento da população carcerária de SP desacelera com audiências de custódia. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80672-aumento-da-populacao-carceraria-de-sp-desacelera-apos-audiencias-de-custodia]. Acesso em: 10 dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Relatório de visita ao Espírito Santo. Brasília, 2009.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. *Revista de Estudos Feministas*, v. 23, n. 3, Florianópolis, Sep.-Dec. 2015.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*. Censo 2011. Brasília: Letras Vivas/UnB, 2013.

_____. *Cadeia*: relatos sobre as mulheres. Civilização Brasileira, 2015.

FREITAS, Felipe da Silva. Discursos e Práticas das Políticas de Controle de Homicídios: uma análise do Pacto pela Vida do Estado da Bahia (20112014). Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário 2009*. Ano 3, São Paulo, 2009. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/institucional/wp-content/uploads/2009/12/anuario_2009_final.pdf] Acesso em: 30 jan. 2010.

GARLAND, D. *The culture of control*: crime and social order in contemporary society. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HUMAN RIGHTS WATCH. Relatório mundial de 2008: Falsas democracias minam direitos humanos. Disponível em: [http://hrw.org/portuguese/docs/2008/01/31/brazil17926_txt.htm]. Acesso em: 25 set. 2008.

IBDFAM. *Estudo mostra que 65% das detentas gestantes poderiam ficar em prisão domiciliar*. Disponível em: [http://ibdfam.org.br/noticias/5833/]. Acesso em: 17 nov. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: [www.ibge.gov.br].

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. *São Paulo sob achaque*: corrupção, crime organizado e violência institucional em maio de 2006. São Paulo: Justiça Global, 2011.

MATTHEWS, R. O mito da punitividade revisitado. In: MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal e Democracia II*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras mínimas para tratamento de reclusos*. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_sistem-prisional/regras_minimas.pdf]. Acesso em: 26 set. 2008.

PASTORAL CARCERÁRIA. *Penitenciárias são feitas por homens e para homens*. Instituto Sou da Paz. Conectas Direitos Humanos. Disponível em: [http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf]. Acesso em: 19 nov. 2015.

PRATT, J. *Punishment and Civilization*. London: Sage, 2002.

SALLA, Fernando. A retomada do encarceramento, as masmorras high tech e a atualidade do pensamento de Michel Foucault. *Cadernos da FCC*, v. 9, n. 1, Marília: Faculdade de Filosofia e Ciências da UNESP, 2000.

TAVARES, Andrea Souza Tavares. *Mulheres e o tráfico de drogas no Distrito Federal:* entre os números e a invisibilidade feminina. Dissertação (Mestrado).

Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas – Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2015.

THE PEW CENTER ON THE STATES. *One in 100:* Behind bars in America 2008. Disponível em: [www.pewtrusts.org/uploadedfiles/wwwpetrustorg/reports/sentencing_and_corrections/one_in_100.pdf]. Acesso em: 15 mai. 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Relatório estatístico das audiências de custódia realizadas no período de 14/10/15 a 23/10/15*. Brasília: NAC, 2015.

WACQUANT, Loïc. The New "Peculiar Institution": on the Prison as Surrogate Ghetto. In: *Theoretical Criminology*, n. 4, v. 1, 2000.

_____. Da escravidão ao encarceramento em massa: repensando a 'questão racial' nos Estados Unidos. *Contragolpes* – seleção de artigos da New Left Review. São Paulo: Boitempo, 2006.

WORLD PRISON BRIEF. *More than 700,000 women and girls are in prison around the world, new report shows*. Disponível em: [www.prisonstudies.org/news/more-700000-women-and-girls-are-prison-around-world-new-report-shows]. Acesso em: 17 nov. 2015.

ZACKSESKI, Cristina. Sistema prisional brasileiro: Uma análise dos dados sobre condições de encarceramento no início do século XXI. ANAIS DO CONPEDI VITÓRIA -ES. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A política penitenciária (brasileira) percebida pelo viés da alimentação da pessoa encarcerada, de Dani Rudnicki – *RBCCrim* 102/339-360 (DTR\2013\3303);
- Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional, de Fabio Lobosco Silva – *RBCCrim* 123/361-380 (DTR\2016\24045); e
- O imaginário punitivo na contemporaneidade: os paradoxos da democracia em face dos movimentos de sobrepenalização e da gestão do risco criminal com base na segurança, de Thiago Fabres de Carvalho – *RBCCrim* 108/461-488 (DTR\2014\9542).

Identidade e violência: a ilusão do destino, de Amartyan Sen

Caio Cezar Melo Ferri
Mestrando em Fronteiras e Direitos Humanos – UFGD/FADIR.
contato@caioferri.adv.br

Dados bibliográficos: SEN, Amartyan. *Identidade e violência: a ilusão do destino.*

Amartya Sem é o ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, motivo pelo qual insta ser relevante analisar que a economia pode e deve ser um elemento envolvido na luta pela efetividade dos Direitos Humanos. Ademais, a sua Teoria da Justiça é um estudo econômico que serve muito bem aos fins almejados pelos operadores dos Direitos Humanos – já que a indigitada teria ressalta que injustiça e desigualdade pode não vir apenas do vista econômico, mas do ponto de vista dos desrespeitos aos direitos humanos (e que a pobreza seria uma limitação das capacidades do indivíduo).

No livro "Identidade e Violência: A Ilusão do Destino" o autor denuncia a agressividade de uma confusão de identidades e ódios ancestrais – além de outras questões. Ele afirma, na obra, que a identidade é uma *faca de dois gumes*, pois se traz conforto e segurança ao fazer com que o indivíduo se sinta irmanado pela cultura, ou pela fé, pode servir como arma para impedir a identificação das pessoas com a humanidade.

Sobre as identidades múltiplas, ressalta Sen que somos pessoas com identidades diversas, pertencemos a vários grupos; a identidade única é danosa. O autor destaca que a esperança de harmonia no mundo contemporânea reside, em grande parte, em um entendimento mais claro das pluralidades da identidade humana e no reconhecimento de que elas se interconectam e atuam contra uma nítida separação ao longo de uma única linha solidificada impenetrável de divisão.

É interessante notar que, para o autor, a violência é oriunda de um processo de *apequenamento* das pessoas e de suas identidades – da redução. Com efeito, dita que as possibilidades de paz no mundo contemporâneo podem bem resi-

dir no reconhecimento da pluralidade de nossas filiações e no uso da reflexão como habitantes comuns de um mundo vasto, e não em fazer nós mesmos prisioneiros rigidamente encarcerados em compartimentos estreitos.

A identidade é inclusiva e repressiva, incluir e exclui, é boa e ruim. Por isso, precisamos da consciência de nos reconhecer enquanto membros de cidadanias variadas e, por vezes, rivais: um tutsi ruandês pode ser tentado a se enxergar apenas enquanto tutsi, mas ele é também ruandês.

Acerca das restrições e liberdades, Sen destaca que a liberdade de escolha da identidade dominante dos seres também trará restrições, mas que há, no mínimo, a liberdade para escolher a importância que terá essa dominância para a existência da pessoa – em relação às demais. Seria o caso de se indagar se determinada mulher, por exemplo, é uma advogada mulher ou uma mulher advogada.

Além de a pessoa precisar, internamente, se auto afirmar em sua própria identidade, é imperiosa a percepção social, convencer os outros. Se determinada pessoa se reconhece enquanto parda, por exemplo, pode observar dificuldades em ser reconhecida enquanto negro – já que na concepção de alguns negros é somente que quem é preto é negro.

O reconhecimento dos outros da sua identidade é importante, pois também pode ser fonte de violência. O autor ressalta que campanhas para modificar identidades que as pessoas percebem como suas foram responsáveis por muitas atrocidades no mundo, transformando velhos amigos em novos inimigos e sectários detestáveis em líderes políticos subitamente poderosos; e que a necessidade de reconhecer o papel do raciocínio e da escolha no pensamento baseado na identidade é, por conseguinte, tanto difícil quanto extremamente importante.

Amartyan destaca fortemente, em seu livro, a questão muçulmana. Quando disserta sobre muçulmanos e diversidade intelectual, diz que não é necessário que a religião de uma pessoa seja uma identidade que tudo inclui e exclusiva – que, em especial, o islamismo, como religião, não elimina a escolha responsável dos muçulmanos nas várias esferas da vida; e que, na verdade, é possível para um muçulmano adotar uma visão conflitante e para outro tolerar totalmente a heterodoxia sem que nenhum deles deixe de ser muçulmano apenas por esse motivo.

Do ponto de vista de Sen, é ignorância dizer que seguidores do islamismo são membros das redes de terrorismo, mas é também problemáticos dizer que um terrorista islâmico não é seguidor do islamismo. Não se pode excluir a identidade de alguém para justificar outra identidade. Não é correto, então,

dizer que "aquele homem bomba não é muçulmano, é um terrorista"; ele é um terrorista que é, também, muçulmano (como tantas outras pessoas no mundo). O problema está na confusão entre terror e islã; e no reconhecimento distorcido da identidade islâmica.

É preciso entender as identidades, que são complexas por natureza. As manutenções dos vínculos são também importantes – e de certa forma natural. É perceptível, por exemplo, que uma pessoa que tenha exercido determinada atividade laboral dificilmente conseguirá ou buscará cortar os laços que o ligaram àquela função.

Sen destaca que pertencer a cada um dos grupos (a que estamos inseridos) pode ser muito importante, dependendo das condições específicas; e que a desconsideração de uma identidade é muito difícil, senão impossível. Aliás, a própria constituição reconhece isso indiretamente, quando veda certos cargos aos brasileiros naturalizados (*v.g.* por mais que um russo tenha vivido no Brasil, por 40 anos, tenha se incluído totalmente; ainda assim, ele é russo – e não poderá exercer certas funções).

O autor também discute acerca dos valores ocidentais, afastando a falácia de que existe a ideia dos feitos exclusivos do ocidente. Sobre a democracia ser um valor ocidental, Sen destaca que é uma informação errônea – resultado da falta de entendimento das identidades dos outros povos. Com efeito, lembra o autor que a tradição do debate público encontra-se em todo o mundo; que para escolher um exemplo histórico, tem-se que a história do Oriente Médio e a história do povo muçulmano incluem inúmeros relatos de debate público e de participação pública através do diálogo; que o mundo ocidental não tem direitos de propriedade sobre ideias democráticas.

As falhas nas percepções das sociedades causam problemas. Se as sociedades não se conhecem, automaticamente não se entendem; se não conhecem os feitos dos outros grupos, também não reconhecem os valores comuns – que oportunizam a convivência pacífica com maior chance de sucesso. Para Sen, a percepção nebulosa da história global produz uma visão espantosamente limitada de cada cultura, incluindo uma interpretação bizarramente provinciana da civilização ocidental.

Como dito, o livro dá uma importância bastante acentuada a religião e, em especial, a identidade do muçulmano. Sen, neste norte, dita que teses recentes demonstram que a religião está no centro dos choques culturais – o que é perceptível, pois os grandes impasses envolvem religiões, já que em se tratando de religião não se tem barganha, não se tem acordo, é tudo ou nada.

Sen lembra, também, que dentro das religiões há vários comportamentos. As variações culturais poderiam se dar, por exemplo, entre católicos mexicanos e católicos nórdicos – por exemplo. Os católicos mexicanos tendem a ser muito mais conservadores, pois além da religião ser conservadora a própria sociedade é; os católicos nórdicos tenderiam a ser mais liberais em temas sensíveis (como o sexo antes do casamento), pois a identidade nórdica é, por excelência e questões históricas, mais liberal do que a mexicana.

Sen destaca que é necessário lembrar que muçulmanos podem ser matemáticos, artistas, esportistas etc. Lembra, todavia, que essas identidades, entretanto, ou são ignoradas ou são vistas em paralelo – diz que a confusão entre as identidades plurais de muçulmanos não é somente um erro descritivo, pois tem sérias implicações para os planos para a paz no mundo precário em que vivemos.

Neste caminho, o vínculo do terrorismo com o Islã é um erro muito grande e muito triste. Sendo necessário o destaque positivo da fala de Angela Merkel em julho de 2016, que disse que a Alemanha estava em guerra contra o Estado Islâmico – e que não estava em nenhuma guerra contra o Islã.

O terror foi popularmente vinculado ao Islã, mas precisamos pensar que se todos ou a maior parte dos seguidores do Islã fossem terroristas ou tivessem tendência ao terrorismo, o mundo estaria em situação de extremo terror. Precisamos com urgência de movimento de desvinculação.

Para o autor e para mim, não existe um terrorismo islâmico. Essa colocação é extremamente infeliz, pois os valores do islamismo são opostos ao sofrimento e ao caos. Atitudes de indivíduos não faz com que o Islã deixe de ser uma religião que prega a paz e ensina os bons modos em todos os aspectos da vida do ser humano; os indivíduos é que pregam o terror – e o Islã nada tem a ver com este comportamento, religião alguma pode ser culpada pelos atos de seus adeptos. O Islã seria perfeito e os muçulmanos não.

Em paralelo, expõe-se o que o papa Francisco disse em julho de 2016: "Todos os dias, quando abro os jornais, vejo violência na Itália, alguém que mata a namorada, outro que mata a sogra. E são católicos batizados. Se falo de violência islâmica, também tenho de falar da violência cristã".

Ao falar sobre ocidente e movimentos contrários, Amartyan comenta que a resistência à ocidentalização tem uma forte presença no mundo de hoje; que este movimento pode assumir a forma da rejeição de ideias que são vistas como ocidentis, mesmo quando essas ideias ocorreram e floresceram historicamente em muitas sociedades não ocidentais e fizeram parte do passado global.

Sen lembra, ainda, que não há nada exclusivamente ocidental na valorização da liberdade ou na defesa da opinião pública – e que o fato de serem rotuladas como algo ocidental pode produzir uma reação negativa em relação a elas em determinadas sociedades.

É interessante analisar, também, que a própria inserção dos valores ocidentais é violenta e hipócrita. A verdade é que se quer que alguns estados sigam valores ditos ocidentais que nem mesmo no ocidente segue (como a ideia da liberdade e do pacifismo). Sobre esta hipocrisia, Sen analisa que os principais fornecedores de armamento mundial de hoje são os países do G8.

Para o autor, as armas são usadas não só com resultados sangrentos, mas também com consequências devastadoras para a economia, o Estado e a sociedade. Sob certos aspectos, seria isso uma continuação do papel insalubre das potências mundiais no desenvolvimento do militarismo político – as potências mundiais arcariam, pois, com uma espantosa responsabilidade por contribuírem para a subversão da democracia em determinadas localidades.

Em relação ao multiculturalismo, para Sen, o instituto conversa com a liberdade. A abertura ao primeiro revelaria, pois, uma série de possibilidades, mudanças e descobertas. Dita o autor que a diversidade cultural pode ser aumentada se os indivíduos tiverem permissão e incentivo para viver do modo como valorizam a vida (em vez de serem refreados por uma tradição vigente). Por exemplo, a liberdade de aderir a estilos de vida etnicamente diversos – digamos, hábitos alimentares ou preferências musicais – pode tornar uma sociedade mais variada em termos culturais precisamente como resultado do exercício da liberdade cultural. Nesse caso, a importância da diversidade cultural – que tanto pode servir de instrumento – resultará diretamente do valor da liberdade cultural, uma vez que aquela será uma consequência deste.

Exemplo do exposto pode ser extraído do anime japonês Pokémon, em um dos episódios, "Irmãos Evee", o irmão mais novo é compelido pelos outros três irmãos a evoluir sua Eeve – conforme a tradição. O caçula, entretanto, quer treinar uma Eeve (Pokémon não evoluído), não um Flareon, Vaporeon ou Jolteon – as três evoluções disponíveis do indigitado monstro; ao insistir em seu desejo, o irmão mais novo mostra aos colaterais de 2.º grau que podem ampliar o leque de variedades de Pokémons da família (e acaba bem sucedido, ao derrotar, com sua Eeve, uma equipe inimiga que havia nocauteado todas as três evoluções dos irmãos mais velhos).

Fora isso, o autor lembra que a diversidade pode também desempenhar um papel positivo no aumento da liberdade até mesmo daqueles que não estejam diretamente envolvidos. Por exemplo, uma sociedade culturalmente variada

pode levar benefícios a outros na forma de uma ampla variedade de experiências que eles, como consequência, estão em condições de apreciar.

O multiculturalismo é importante porque, de certa forma, permite a pessoa ser quem quiser ser – ou quem realmente é, sem ingerências.

Ademais, o autor fala da globalização e sobre as críticas feitas aos seus efeitos negativos; diz que o movimento antiglobalização não seria exatamente contra a globalização, mas contra a miséria global; que as crítica da antiglobalização, que focam nos arranjos desiguais e injustos obtidos pelos desfavorecidos no mundo inteiro, não podem ser entendidas sensatamente (dado o grande uso da ética global por elas feito) como realmente de antiglobalização. As ideias motoras sugerem a necessidade de procurar um arranjo mais junto para os destituídos e os miseráveis, e uma distribuição mais justa de oportunidades em uma ordem global adequadamente modificada. A discussão global da urgência dessas questões pode ser a base de uma busca construtiva dos meios para reduzir a injustiça global. Essa busca tem em si mesma uma importância decisiva e deve ser a primeira – e a principal – coisa a se dizer a respeito.

Por fim, o autor encerra dizendo que ao resistir ao *apequenamento* dos seres humanos, com o que o livro se ocupou, podemos também abrir a possibilidade de um mundo que pode superar a memória do seu passado conturbado e moderar as inseguranças de seu presente difícil.

Para Flávio Comim[1] o trabalho de Sen ainda não aterrissou no Brasil – suas pesquisas ainda não foram absorvidas pela política pública em nosso país. De qualquer forma, cabe aos acadêmicos o estudo do pensamento deste autor – para a construção de novas ideias e ampliação das possibilidades de solução de problemas variados.

A leitura do livro é altamente recomendada.

---

1. Disponível em: [www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4185&secao=379]. Acesso em: 26.08.2016.